

النواذير والناجيات

على مافي المدونة مرغية حاسن الائمات

لابي محمد عبد الله بن عبد الرحمن ابي زيد القيرواني

٣١٠ - ٣٨٦ هـ

تحقيق

الأستاذ محمد عبد العزيز الدباغ

مخاطبة خزائن الصوفيين بفاس

المجلد الحادي عشر



دار الفرب الانلاي

© 1999 دار الغرب الإسلامي

الطبعة الأولى

دار الغرب الإسلامي

ص. ب. 5787-113 بيروت

جميع الحقوق محفوظة . لا يسمح بإعادة إصدار الكتاب أو تخزينه في نطاق استعادة المعلومات أو نقله بأي شكل كان أو بواسطة وسائل إلكترونية أو كهروستاتية ، أو أشرطة ممغنطة ، أو وسائل ميكانيكية ، أو الاستنساخ الفوتوغرافي ، أو التسجيل وغيره دون إذن خطي من الناشر.

النَّوَّادِرُ وَالنَّجْدَاتُ

بسم الله الرحمن الرحيم

عونك اللهم

كتاب القضاء في الكلا والآبار والأودية والبرك والأنهار

في بيع بئر الماشية وغيرها من الآبار
ولبيع مائه وذكر الكلا وبيع الكلا باب آخر

قال الفقيه أبو محمد / من المجموعة وكتاب ابن حبيب روى مالك أن
رسول الله ﷺ قال «لَا يَمْنَعُ فَضْلُ الْمَاءِ لِيَمْنَعَ بِهِ الْكَلَاءُ»⁽¹⁾، قال مالك ومعنى
ذلك في آبار الماشية لأنه إذا منع فضل الماء لم يَرَّعْ ذلك الكلا الذي بذلك
الوادي إذا لم يجد ما يسقي به فصار منعاً للكلا وذلك في آبار الماشية التي في
الفلوات لا تُباع ولا تورث وصاحبها الذي احتفرها أو ورثته أحق بمائها يسقون
منها قبل غيرهم ثم ليس لهم⁽²⁾ منع الناس أن يسقوا بفضلها. قال ابن حبيب وهو
قول ابن الماجشون وقال ابن عبد الحكم وهو قول جميع أصحابنا وهو قول مالك
وقاله أصبغ. قال مالك في المجموعة ولا يمنع الأعراب من يرد عليهم من أهل
المواشي فضل مائهم وهم يبدؤون ولو أشركوهم فيه ما انتفعوا بمائهم دون غيرهم

(1) رواه ابن ماجة في سننه في كتاب الرهون باب النهي عن منع فضل الماء ليمنع به الكلا ورواه أبو داود
في سننه في كتاب البيوع باب في منع الماء.

(2) لهم ساقطة من الأصل.

وأضر ذلك بهم، قال ابن الماجشون في بئر الماشية للأعراب لا يُباع ولا يُوهب ولا تقع فيها الموارث بمعنى المِلْك لا حَظَّ فيها لزوج ولا زوج من بَطْنٍ على بطن ولا يشرب منه غيرهم إلا ما فضل عنهم وما استغنى عن الشُّرب منهم فليس له أن يعطي حظه أحدا ومن حضر من أهل البئر أولى منه ومن غاب، قال : وإن تشاحوا⁽¹⁾ فيمن يبدأ بالشرب فإن لم تمض له سنة فيمن يبدأ بالشرب من كثير الماء على قلته أو قوم على قوم أو كبير على صغير فليستهموا⁽²⁾ وإلا فأمرهم⁽³⁾ على ما مضى من سنتهم، قال : ولو نزل بلدهم من لا يضرهم نزوله قال : يشرب ما / فضل منهم وهو قوله ﷺ لا يمنع فضل الماء يمنع به الكلاء⁽⁴⁾، فإنما أباح ما هو فضل لولا ذلك لكان يقول لا يمنع ماء قال ولهم الشرب بئر لا يسقون فيه أو في يوم لا يردون فيه وقد جاء لا يمنع فضل بئر وهو من رهو⁽⁵⁾ بئر لا يمنع.

ومن كتاب ابن سحنون قال ابن القاسم وأشهب فيما جاء لا يمنع فضل ماء ذلك في الأرض ينزلونها للرعي لا للعمارة فصار الناس في الرعي سواء ولكنهم يبدؤون بمائهم فما فضل منهم فالناس فيه سواء. لا يمنعه. ومن المجموعة قال أشهب سئل مالك عمن هلك وورثه أخواه وأختاه وله قليب⁽⁶⁾ ماشية وأوصى لابن أخيه بثلثه وأخذ ثلث ما ترك من مال وغيره ثم طلب أن يأخذ في القليب، قال القليب لا يورث ولا يباع وهم أجمعون فيه سواء [لا شيء لهم فيه إلا الشرب يسقون فيه سواء]⁽⁷⁾.

- (1) تشاح القوم على الأمر : لا يردون أن يفوتهم.
- (2) في ص، فليقتسموا.
- (3) في ص، فأجرهم والصواب ما أثبتناه.
- (4) سبق تخريجه.
- (5) الرهو : الجوبة تكون في حلة القوم يسيل فيها ماء المطر وفي الحديث أنه قضى أن لا شفعة في فناء ولا طريق ولا منقبة ولا رُكْح ولا رهو والمراد بالمنقبة الطريق بين الدارين والركْح ناحية البيت من ورائه وربما كان قضاء لا بناء فيه.
- (6) القليب : البئر قبل أن تطلو يعني قبل أن تبني بالحجارة ونحوها تذكر وتؤنث وقال أبو عبيدة هي البئر العادية القديمة.
- (7) ما بين معقوفين ساقط من ص.

ابن القاسم وأشهب وابن وهب⁽¹⁾ وابن نافع عن مالك قال أما بئر النخل والزرع فلا يُجْبَرُ أحدٌ على أن يبيع فضله لمن يسعى به إلا أن تُهَوَّرَ⁽²⁾ بئر جاره فيخاف على نخله أو زرعه فيُقْضَى له أن يسقي بفضل ذلك الماء حتى يصلح بئره وأما بئر الماشية فيمنع فضله لا يجوز لأنه من الكَلَالِ المباح، قال مالكٌ وبياع بئر الزرع ولا يجوز بيع بئر الماشية⁽³⁾، قال أشهب : لأنه إذا كان فضلها لغيره فإنما اشترى من مائها ما يرويه وذلك قد يقل لقلة غنمه ويكثر لكسبها، قال ابن القاسم : لا تباع بئر الماشية لأن للناس فيها حقاً. ابن وهب.

134 ظ

قال مالك في جباب⁽⁴⁾ أهل البادية التي تكون للماشية / فلا ينبغي أن يمنع فضل مائها ليمنع به الكَلَالُ قيل له فالجباب التي تجعل لماء السماء قال : ذلك أبعد قال عنه ابن القاسم : لا تباع آبار الماشية كان حفرها قريباً أو كان بعيداً لخ الجاهلية أو في الإسلام ولا يورث ولا يوهب مثل مياه الأعراب التي كانت لآبائهم فلا تباع، [قيل : إنه لا يملك غيبتها وقد احتاج، قال : لا تباع]⁽⁵⁾ وإن احتاج وإنما ينتفع به هو والناس. قال ابن القاسم : يعني الماء الذي يكون في البادية وحيث الكَلَالُ، قال سحنون وقوله كانت لآبائهم يعني أنهم احتفروها وليس على أنهم يملكونها.

قال أشهب عن مالك في العتبية⁽⁶⁾ في بئر الماشية لا يكون فيها بيع ولا عطية وإنما يشرب بها ويشرب بها أبناء السبيل. قال ابن القاسم عن مالك في المجموعة : لا يُباع بئر الماشية وإن حُفِرَتْ يريد في قرب المنازل إذا حفرها للصدقة وأما ما حفرها في أرضه لمنفعته فله بيعها يبيع مائها وإنما التي لا تباع ما حُفِرَ في الفياقي، قال سحنون : والذي جاء : لا يمنع فضل الماء لِيُمنَعَ به الكَلَالُ⁽⁷⁾ إنما ذلك في أرض

(1) ابن وهب ساقط من ص.

(2) تُهَوَّرُ : تُسْقَط وتهدم من هَارَ الْجَرْفِ من باب قال وهوَّرة فهور وإنهار أي تُهَدَّم.

(3) جاء التعبير في ص على الشكل التالي : وبياع بئر الزرع ولا يباع بئر الماشية.

(4) الْجِبَاب جمع جُب : وهو القلب والقلب هو البئر قبل أن تطوى وقد تقدم شرحه.

(5) ما بين معقوفين ساقط من ص.

(6) البيان والتحصيل، 10 : 250.

(7) حديث سبق تخريجه.

الأعراب. قال المغيرة : ومن حفر بئراً حيث الكلاء وحيث ترعى الناس فهو أحق بما يصلحه ويصلح ماشيته ولا يمنع ما فضل عنه ولا يبيعه، وإن حفر في قريته وفي حقه وفي غير مسارح الأنعام ومواضع الكلاء فله أن يبيع ذلك ويصنع فيه ما شاء، وإذا حفر جُباً فله منعه إلا يشرب منه غيره وليس كالبئر. قال ابن كنانة : ولا تُباع مياهُ البادية ولا يُمنع فضلها وليس لأحد أن يغرَس عليها غروسا.

135 / قال ابن القاسم في آبار الشفة⁽¹⁾ إن ما حفره في داره أو أرضه لنفسه، وأما ما عمل في الصحاري وفيافي الأرض مثل مواجل⁽²⁾ طريق المغرب فكان يُكره بيعها من غير تحریم، وهي مثل آبار الماشية التي تُحتَفَرُ فيها فليس لأهلها منع⁽³⁾ فضلها. وأما المارة فلا يُمنَعون لشفاهم ودوابهم. ومن أدرك مثلاً في المعدن فله منعه بخلاف الماء.

في البئر المملوكة التي يجوز بيعها أو غيرها هل يُمنَع المسافرون لشفاهم أو دوابهم؟

من المجموعة قال ابن القاسم عن مالك لا يمنع الماء لشفة ولا لسقي كبد إلا ما لا فضل فيه عن أصحابه ولا ينبغي أن يمنع أهل البركة والغدير من ذلك. قال عنه ابن وهب ولا يُمنَع أبناء السبيل من بئر الماشية، قال ابن القاسم في المسافرين يمنعهم أهل بئر الماشية الفضلة لدوابهم وشفاهم ويخافون على أنفسهم إلى بلوغ ماء آخر فليجاهدوهم. قال أشهب في مسافرين وردوا ماءً يمنعهم أهله من الشرب فليس ذلك لهم ولا أعلم أنه يصيبهم من الإضرار إليه ما يجوز لهم معه سفك الدماء ولست أرى أن يبلغوا ذلك فإن قدرُوا أن يغلبوهم عليه بغير فساد فذلك لهم جائز ومانعهم ظالم متعذّر ولقد كره مالك قتالهم على ذلك.

(1) آبار الشفة المراد بها الآبار التي تستعمل للشرب لا التي تستعمل لسقي الأرض.

(2) المواجل جمع ماجل بكسر الجيم وهو مستنقع الماء.

(3) في الأصل، بيع فضلها.

قال ابن نافع : سئل مالك عن بيع أهل المياه الذي على الطريق بين مكة والمدينة. حتى إنه يمنع الناس قرب مكة بالأبطح. قال : ما أرى ذلك لهم ولتجنبوا من ذلك. قيل أفيقاتلون على ذلك ؟ / قال أما القتال فلا أدري. قال أشهب : 135 ظ
فإن وردوا مياه المواجل فمَنَعُوا فهي والآبار سواء وقد فسرت لك ذلك ولا يجوز بيعها ولا بيع مائها من بئر أو ماجل لأنه مُرتَفَق بين المسلمين وليسقوا دوابهم من فضل مائها والمواجل والآبار إلا أن يكون فيه فضل وقد اضطروا إليه والمسافة بعيدة فيكون ذلك بينهم أسوة إلا أن يكون لأهل تلك المياه غوث أقرب من غوث السفر فيكون السفر أولى به لأنفسهم ودوابهم.

وقد كتب عمر بن عبد العزيز في الآبار التي في الطريق بين مكة والمدينة أن أولى⁽¹⁾ من شرب منها ابن السبيل، وهذا حسن للضرورة إلى ذلك ولتزودهم منه وأنه ليس بأهله إليه من الضرورة مثل ما بالمسافر يُقَرَّب غوثهم وصار بئرهم وأنه بين أظهرهم والمسافرون يرحلون عنه، قال ابن نافع عن مالك سئل عن بيع الماء قال : أما المياه التي تسقي الأرض فلا بأس ببيع فضلها وأما الآبار التي للشفة فلا أحب أن يُمنَعَ ذلك ولا أراه لهم وقد كان يكتب على من احتفر بئراً أن أولى من يشرب بهذه الآبار المحدثه أبناء السبيل.

وروى ابن وهب أن عمر قال من أحل فلاة⁽²⁾ من الأرض فالحجاج والمعتمرون وأبناء السبيل أحق بالظل والماء فلا تحجروا على الناس من الأرض، وكان علي بن أبي طالب أمر أهل المياه بسقاية المارة من غير بيع ولا يُنَّاع فضل الماء من أحد احتاج إليه من أهل الإسلام، ورُوي أن عمر هدر⁽³⁾ جراحات أهل الماء وأغرمهم جراحات أبناء السبيل حين اقتتلوا عليه وقال : أبناء السبيل أولى بالماء من الباني عليه حتى يروون وروى ابن وهب أن / النبي ﷺ قال : لا يُقَطَّع 136 و

(1) في ص، إن أول ما شرب منها.

(2) الفلاة : المفازة والجمع الفلا والفلوات.

(3) هدر جراحات أهل الماء : أي جعل جراحاتهم هدرًا ولم يعاقب أبناء السبيل وساعهم فيما ارتكبه من عنف من أجل الحصول على الماء.

طريق ولا يُمنع فضل ماء⁽¹⁾ ولا ين السبيل عارية الدلو والرشاء والحوض إن لم تكن له أداة تعينه ويحلى بينه وبين الركية⁽²⁾ فيسقي.

فيمن هارت بثره وخاف على زرعه هل يسقي بئر جاره ؟
أو لبئر جاره فضل فاحتاج إليه
وفي البئر بين الرجلين كيف بما فضل
من ماء أحدهما أو استغنى عنه؟

من كتاب ابن حبيب روى مالك أن النبي ﷺ قال: لا يُمنع نفع بئر. وفي حديث غيره ولا رهو ماء⁽³⁾، قال أبو الزناد الرهو والنقع الماء الواقف الذي لا يُسقى عليه أو يُسقى عليه وفيه فضل ومن ذلك بئر بين حائطين وهي لأحدهما يسقي بمائها وفيها فضل ورب الحائط الآخر محتاج إلى أن يسقي بها فله أن يسقي بغير إذن صاحبها. قال ابن حبيب فسألت مطرف عن تفسير ذلك فقال: ذلك عندنا. وقاله مالك لي هو في البئر بين الشريكين يسقي هذا يوماً وهذا يوماً فأقل من ذلك أو أكثر فيسقي أحدهما في يومه فيروي إبله أو زرعه في بعض يومه أو يستغني ذلك اليوم عن السقي فيريد صاحبه أن يسقي في ذلك اليوم فيمنعه صاحب اليوم وقال هو حظي من السقي إن سقيت به سقيت وإن استغنيت عنه منعتك منك فليس له ذلك وليس له منعه مما لا نفع فيه ولا يضره تركه فهو معنى قوله لا يُمنع نفع بئر ولا رهو بئر⁽⁴⁾.

قيل لمطرف فإن كانت البئر لأحد الرجلين فيحتاج جاره أن يسقي حائطه بفضله مائها. قال قال مالك: ليس له ذلك إلا أن تمهور⁽⁵⁾ بئر جاره / فله أن

ط136

(1) لم نقف عليه بهذا اللفظ لكن محتواه موجود في كثير من أحاديث الرسول ﷺ.

(2) الركية: البئر القليلة الماء.

(3) صدر هذا الحديث رواه ابن ماجه في سننه في كتاب الرهون باب النهي عن منع فضل الماء يمنع به الكلأ.

(4) تقدم تخريج هذا الحديث.

(5) في ص، تغور.

يسقي بفضل بئر جاره إلى أن يصلح بثره ويُقضى له بذلك، ويدخل في معنى قول الحديث «لَا يُمْنَعُ ثَقَعُ بئر» وليس له تأخير إصلاحه استمر⁽¹⁾ على ماء جاره وليؤمر بالإصلاح ولا يؤخر، قال مالك : وذلك في النخل والزرع الذي يخاف عليه هلاك إن مُنِعَ السقي إلى إصلاح بئر، فأما إن أراد أن يحدث عملاً من زرع أو غرس ويسقيه بفضل ماء جاره إلى أن يصلح بثره فليس ذلك له. وقال ابن الماجشون مثله كله، وقال ابن عبد الحكم وأصبغ إنه قول ابن وهب وابن القاسم وأشهب وروايتهم عن مالك.

ومن العتية⁽²⁾ روى ابن وهب أن رجلاً جاء إلى عمر بن الخطاب فقال إن لي زرعاً قد كاد يُصْرَمُ فانهارت بثري، قال : انظر أدنى بئر من حائطك فاهدم جدارك الذي بينك وبينها ثم اسقه منها حتى تصرمه وقضى بذلك في النخل فيها ثم ثمر يُخشى هلاكه إلى أن يصلح بثره، وروى ابن القاسم وأشهب وابن نافع عن مالك فيمن هارت⁽³⁾ بئر جاره فإنه يكره على أن يسقيه فضل مائه حتى يصلح بثره، قال مالك : وهو يشبه قول النبي ﷺ «لَا يُمْنَعُ ثَقَعُ بئر»⁽⁴⁾ وأما إن لم يفضل من مائه عن سقي زرعه فلا شيء لجاره عليه وليس له أن يأتنف غرس ودي⁽⁵⁾ لسقيه من فضله.

قال أشهب في بئر الزرع أسقي منها أرضي وفيها فضل هل لجاري السقي بفضلها ؟ قال لا إلا أن يبيع ذلك الفضل وليس ذلك عليك إلا أن يضطر جارك فيخاف على نخله أن يهلك لانهار بثره فذلك عليك في فضل مائك [إن كان عنده ثمن أداه في ذلك وإن لم يكن عنده ثمن وقد خيف على نخله سقيت / له

137 و

(1) كذا.

(2) البيان والتحصيل، 9 : 24.

(3) في ص، غارت.

(4) تقدم تخريجه.

(5) الودي : صغار الفسيل الواحدة وديّة.

فضل مالك⁽¹⁾ بغير ثمن، وإن كرهت إلى أن يصلح بثره قريباً، وكذلك قال مالك : وليس له أن يسقيها إن كانت ودياً حتى تبلغ وإنما يُنظر في هذا على قدر ما ينزل منه، قال ابن القاسم في الذي هارت⁽²⁾ بثره ويخاف على حائطه، أن له أن يسقي بثر جاره بغير ثمن ويُقضى له بذلك، قال : والفرق بين بثر الماشية أن الناس أولى بفضلها وأما بثر الزرع فربّه أولى بفضلها ولأن من زرع إلى جنب رجل على غير أصل ما يريد إن فضل ماء جاره فهو مضارّ وليس له ذلك إلا بالثمن والذي له بثر فانهارت قد زرع على أصل ما يُقضى له بالفضل.

في البثر أو العين بين الشريكين مهور البثر أو تغور العين
أو ينهدم جدار بينهما فيأبى أحدهما العمل
وفي السفلى ينهدم والعلو لآخر
أو يقسم البثر بالمناضح فزال الماء من أحد المناضح
وفي بثر الماشية يريد الكنس

من كتاب ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون عن مالك وهو قول جميع أصحابنا في البثر أو العين بين الشريكين ينقص ماؤها فطلب أحدهما العمل وأبى الآخر أنه يقال له إما أن تعمل وإلا فبع ممن يعمل وإلا قلنا لصاحبك اعمل وما زاد عملك في الماء فهو لك خالصاً حتى يعطيك صاحبك نصف ما أنفق.

ومن العتبية⁽³⁾ والجموعة قال سحنون قال ابن القاسم في قول مالك في الماء بين الرجلين فيهور. فيقال لأحدهما اعمل ولك الماء كله أو اعمل مع صاحبك. إن كل أرض مشتركة لم تُقسم من نخل أو أصيل أو أرض فيها زرع زرعاه فهارت البثر / فليقل لمن أبى العمل اعمل مع صاحبك أو مع حصتك من الماء الأصل

137 ط

(1) ما بين معقوفتين ساقط من ص.

(2) في ص، غارت.

(3) البيان والتحصيل، 10 : 441.

أو قاسمه الأصل فتأخذ حصته وتأخذ حصتك، فيؤثر فمن أحب أن يعمل عمل، ومن أحب أن يترك ترك، ومن عمل منهم كان له الماء كله حتى يعطيه شريكه ما يصيبه من النفقة فيرجع على حقه من الماء.

وإن كان بينهما طرع أو شجر بثمره في أرض لهما فإن من أوى العمل يُجبر على ما أحب أو كره أو يبيع ممن يعمل، وأما الأرض المقسومة أو الشجر المقسوم⁽¹⁾ أو زرع لرجلين في أرضي بينهما إلا أن ماءهما واحد فهور البئر وتنقطع العين فيأبى أحدهما العمل ويرضى بهلاك زرعه أو أصوله يريد زرعه مغروراً وكذلك أصوله فإن ذلك له ولا يُكَلَّف النفقة معه ويقال للآخر اعمل ولك الماء كله إلا أن يأتي شريكه بما يصيبه من النفقة في نصيبه فيرجع على حقه في الماء. والشريكان في الأصول والزرع إذا انهارت البئر كالشريكين في الدار تهدم فإما بنى مع صاحبه وإلا قاسمه العرصة.

قال سحنون وقال ابن كنانة وابن نافع والمغيرة : إنما هذا في البئر ليس عليه حياة من زرع ولا نخيل ولا غيره فأما بئر عليها حياة من نخل أو زرع فيهور فيأبى أحدهما أن يعمل فإنه يُجبر أن يعمل أو يبيع ممن يعمل كالعلو لرجل والسفل لآخر فينهدم فإنه يُجبر أن يعمل أو يبيع ممن يعمل وإلا يبيع عليه.

ومن المجموعة قال أشهب عن مالك في رجلين لهما بئر أو عين فعُخِرَتْ فدعا أحدهما صاحبه إلى عملها فأبى الآخر فقال إنما تكلف / أن تعمل معه إن لم تخرب العين أو البئر وإنما قل ماؤها وكاد ينقطع ويخرب ، فهذه من دعا إلى عملها جبر الآخر على ذلك، لأنه إذا أبى ذهب بقية مائها فماتت كلها فلا يترك وذلك، وهذا من الضرر، فإن أبى ضرب حتى يعمل أو يبيع.

وأما الذي لا يُجبر على العمل مع شريكه فهو أن يخرب البئر أو العين وينقطع ماؤها فلا يُجبر على العمل في هذا فإن شاء شريكه أن يعمل ويكون له

(1) في الأصل، أو الشجر المقسومة.

الحق بجميع الماء حتى يُعطيه شريكه نصف ما أنفق فذلك له فإذا أعطاه كان الماء بينهما فيما يستقبلان⁽¹⁾ ولا شيء على العامل فيما شرب قبل ذلك، قيل : فإن عمل جميع البئر وطلب أن يكرها كلها وبياض الأرض حتى يعطيه نصف النفقة فقال : إنما له [الماء]⁽²⁾ الذي أحيا وليس له بياض أرض شريكه، قيل : فما الذي انتفع به ؟ قال : إحياء الماء يسقي به أرضه، قيل : فالأرض مشتركة، قال : يقاسمه أو يكرى منه أو يسقي بقدر مصابته منها وله الماء كله وليس له أرض شريكه. ع⁽³⁾ انظر قوله يقاسمه نصيبه أو يكرى أو يسقي قدر نصيبه إن الألف وقفت غلطاً لأن له أن يُجبره على القسم ليجعل له أرضه خاصة وهو لم يجعل له النفع بأرض شريكه ولا يصل إلى أرضه إلا باقتسام.

وذكر سحنون أيضاً في المجموعة ما تقدم من قول ابن نافع والخزومي ثم قال سحنون بآثر كلامهما : وكذلك الحائط بين الرجلين قياس ذلك وقياس السفلى والعلو والبئر التي عليها واحد وهو أصل قولنا. ولا يفرق بينهما إلا شهر إذا انهدمت البئر أو الحائط أو السفلى يجبر صاحبه أن يعمل فإن أُنِيَ عليه السفلي / والدار والبئر والأرض، وهو قول كبار أصحابنا وذكره سحنون عن غير المغيرة وابن نافع في جدار بينهما انهدم فدعا أحدهما الآخر إلى بنائه فذلك له ويُجبر أن يبنى معه أو يبيع نصيبه من الدار ممن يبنى، وليس يبيع نصيبه من الحائط فقط إذ لا يشتري ذلك أحد.

وكذلك العين الحية ليس فيها من الماء ما يكفي أحد الشريكين فإن من دعا إلى عمارتها فذلك له ويُجبر على ذلك صاحبه وإن لم يكن عنده مالٌ أُجبر على بيع نصيبه ممن يعمر لأنه يخاف عليها الخراب وأما التي قد خربت فهذه التي قال مالك فيها لا يُجبر على العماره، وأما العين يقل مأوها ويسقي منها ما يكفي بعض الشركاء لقلة نخله ولا يكفي صاحب الكثير فهذا لا يجبر صاحب القليل على

(1) كذا ولعلها محرفة عن قوله فيما يسقيان.

(2) الماء ساقطة من الأصل.

(3) ع رمز يستعمله أحياناً في كتابه هذا ولعله يقصد به العتي.

العمل ويعمل الآخر ويكون للذي لم يعمر قدر حصته من الماء القليل ويكون باقي الماء للذي عُمِّر حتى يعطيه حصته من النفقة، قال ابن نافع قال مالك : يُعْطُونَهُ (1) حصصهم بما أنفق على غلاء ذلك يوم أنفق ورخصه، وأنا أرى أن يعطوه قدر ذلك من قيمة العمارة، من كان له الربع أعطاه ربع القيمة يوم يأخذ لأن المنفق قد أبلى ما أنفق وأخلق فليس له أن يأخذ ثمن ذلك جديدا وإنما يقوم يوم يقوم وقد بَلِيَ ذلك وَخَلِقَ والقيمة في هذا وشبهه أعدل إن شاء الله.

ومن سماع أشهب عن مالك في قوم لهم بئر يسقون عليها فاقْتَسَمُوهَا على مناضِحٍ خمسةٍ وكل واحد يسقي بمنضحة ثم إن واحدا منهم انقطع من ناحية منضحته الماء وارتفع ملقاه التراب / يُرْسِلُ الدلو فيخرج لا ماء فيه ولا يقدر أن يسقي، ومنهم من يسقي على مائه أيسقي معهم من مناضحهم أم حتى يسقوا جميعاً وقد دعاهم إلى ذلك فأبوا عليه وقالوا اضرب لنفسك.

قال مالك : إني لأرى لمثل هذا فيه سنة جارية. قيل له : إنه قد اختلف في ذلك، قال : إن أصوب ذلك أن يضربوا في البئر حتى يسقوا جميعاً، وروى عيسى عن ابن القاسم في الماء بين الرجلين يعمل أحدهما ويأبى الآخر، فلما عمل نصف العمل قال له الآخر أنا أعمل معك الساعة فإن خرج الماء أعطيتك نصف ما أنفقت وإلا فلا شيء لك. قال : ليس ذلك له ولا يعمل معه حتى يعطيه نصف ما عمل ويستقل العمل معه فيما بقي خرج الماء أو لم يخرج.

ومن المجموعة وهو في المدونة في بئر الماشية يحتاج إلى الكنس فيأبى بعضهم إنه كبر الزرع في أخذ من كنس بما زاد [حتى يرووا فإذا روى كان شركاؤهم والأجنيبون سواء.] (2) حتى يعطوهم ما يصيبهم من النفقة فيكونوا حيث شركاء في الماء كله بقدر ما كان لهم فيه ثم الناس كلهم في الفضل سواء.

(1) في الأصل، يعطوه بخذف نون الرفع.

(2) ما بين معقوفين ساقط من ص.

وقاله كَلَّهْ أَشْهَب وقال : ومن فضل له من مائه من ماء هذه البئر شيء لم يحل له منعه لا ممن يشركه في البئر ولا من غيرهم وإنما يفتقر بئر الماشية من بئر الزرع أن بئر الزرع يمنع رثه ما فضل منه وهذا لا يجوز منع فضله لئيه ﷺ عن منع فضل الماء لئمنع به الكلاً وهو بئر الماشية.

قال ابن نافع عن مالك في عين بين رجلين زرع عليها أحدهما فقل مأوها فأراد أن يرفع في العين / ليستغزر في الماء فأبى ذلك صاحبه وقال : أخاف أن يضر ذلك بالعين قال : يسأل عنه الناس فإن كان يضر بالعين فليس له ذلك. قال ابن القاسم عن مالك فيمن اكترى أرضاً يزرعها سنة بزرع فخرت بئرها فصاحب الزرع مخير فإن شاء أنفق الكراء كله في إصلاح البئر لصالح الزرع فذلك له ولا شيء لرب الأرض، فإن شاء ترك زرعه تهلك ويرجع بالعشرة فذلك له، وبعد هذا باب في الساقية تسقي أجنة قوم فارتدمت كيف تُكنس فيه من معاني هذا الباب.

في ساقية أجنة قوم فارتدمت على من كنسها ؟

وفي كنس القناة تجري بالأنفال في الأفنية وفي الدور

من العتية⁽¹⁾ سئل أصبغ عن قوم لهم مجرى ماء وهم فيه أشراك ولبعض الناس عليه أجنة كثيرة ولبعضهم عليه جنان⁽²⁾ أو جنانان فارتدمت الساقية كيف تُكنس أعلى الجماجم⁽³⁾ أم على الأنصبه ؟ قال : بل على الأنصبه والحقوق ولا تباع كالشفعة وحق القاسم ولا أقول فيه بقول ابن القاسم أنه على الجماجم ولا

(1) البيان والتحصيل، 10 : 327.

(2) الجنان : البستان وهو يستعمل في المغرب والأندلس للدلالة على المفرد وإن جاء على صيغة الجمع شأنه في ذلك شأن الرياض ويجمع جمع مؤنث فيقال جنانات.

(3) على الجماجم أي على قدر كثرة العيال وقتلهم وهو تعبير مجازي من إطلاق البغض وإرادة الكل والجُمُومَة في الأصل عظم الرأس المشتمل على الدماغ.

أعلم شيئاً من هذا يكون على الجماعم إلا كنس المراحيض لأن الانتفاع بها سواء ولا يُحاط فيه بعلم ذلك معرفة.

وابن القاسم يرى في المرحاض الكنس على من له رقبة البئر أو على قدر أملاكهم من رقبته، قال أصبغ : فإن انسدت الساقية وبعضهم ينتفع بأعلاها وبعضهم بأسفلها فقال الأسفلون للأعلين اكُنسُوا معنا لأنها إذا اجتمعت من /
عندنا أضرت بكم وقال الأعلون لا حاجة لنا بالكنس ولا ضرر علينا قال : أرى
أن يكنسوا معهم لأن ماءهم ووسخهم فيها كلها، قال فإن انسدت في الأعلى لم
يكن على الأسفلين عون الأعلين في الكنس لأنهم لا ماء لهم في أعلاها.

ومن المجموعة قال ابن القاسم وأشهب في قوم لهم قناة فاحتاجت إلى الكنس
فأبى بعضهم وفي ذلك ضرر بالماء ونقص فإنه إن كان من مائها ما يكفيهم جميعاً
قال أشهب ولم يُخَفْ على باقي مائها الذهاب بترك كنسها قالوا : فلا نرى أن
يُكَلَّفَ أحدٌ ممن أبى الكنس أن يكنس ويقال للذين أرادوا الكنس اكُنسُوا إن
شئتم ثم يقتسمون الماء الذي كان قبل الكنس على ما كان بينهم وما زاد في
الكنس فهو للذين كنسوا أبداً دون الذين لم يكنسوا ما لم يُعْطَ لهم الذين لم يكنسوا
نصيبهم من النفقة، قال أشهب : فإن كان المنفق واحداً منهم فمن أعطاه منهم
نصف الذي أنفق صار الماء بينهما يوم أعطاه ومن أعطاه منهم قدر مصابته من
القناة كانت له قدر مصابته من الماء ولا شيء عليه فيما لا يكلف من أبى الكنس
فأما إن كان ذلك تافها يسيراً فإنهم يكلفون ذلك شاءوا أم أبوا.

ابن القاسم وقد قال مالك في قوم بينهم ماء فَقَلَّ ولأحدهم نخل يسيرة فقال
في مائي ما يكفيني ولا أعمل معكم قال : يقال للآخرين اعملوا ولكم ما زاد الماء
على القدر الأول حتى يُعْطِيَكم حصته من النفقة فيكون له من فضل الماء قدر
حصته من الآن.

قال أبو بكر بن محمد / قال سحنون في كنس القناة التي تجري من قوم إلى

قوم في الأزقة والطرق بالتفل⁽¹⁾ أو الغسالات⁽²⁾ قال فإن الأول يكنس حتى يصل إلى الثاني ثم على الأول والثاني الكنس حتى يبلغا إلى الثالث ثم على الأول والثاني والثالث الكنس حتى يبلغوا إلى الرابع هكذا حتى يبلغوا إلى آخرها لأن الأول ينتفع بها قبل انتفاعهم بها وماؤه يسلكها كلها ولا يسلكها الثاني بشيء إلا من موضعه وكذلك الثالث ومن بعده وهي تجري أيضاً في غير ملك أحد، وأما ما كان يسلك في دار غيرك ويجري في داره الكنس إلا أن يكون موضعها من دار الرجل ملكاً لمن يجري عليه فيكون ذلك على من له الملك، وعلى قول ابن وهب الكنس على قدر المنافع ولم يراع مالك البقعة.

وروى أبو بكر بن محمد عن سحنون في قناة تجري تحت أربع أذور فانسدت فأرادوا إصلاحها هل يصلح كل واحد ما في داره أو يشتركون⁽³⁾ في نفقتها ؟ قال سحنون يصلح الأول ما في داره ثم يصلح الأول والثاني مع الثالث ثم يصلحون كلهم مع الرابع لأن ماء الأول قد سلك فيها كلها فهو يصلح مع كل واحد وهذا إن كان ماء الدور يجري في القناة فإن كانت لرجل واحد تجري في دور هؤلاء فإن إصلاحها على الذي هي له دونهم، قال يحيى بن عمر في قوم لهم قناة يجري ماء كل قناة على قناة جاره هكذا حتى يصل مأوهم إلى أم⁽⁴⁾ يخرج منها إلى الخندق فانسدت قناة / فكنس الأول فلم يجر مأوهم في قناة جاره فقال لجاره اكُنس قناتك حتى تجري قناتي فأنى ذلك جاره وكذلك من بعده ممن يليه.

قال يحيى : أرى أن يُجبر كل من استدت قناته على كنس قناته حتى يمر عليه ماء جاره هكذا يلزمهم حتى يخرج مأوهم إلى الأم⁽⁵⁾ التي يخرج منها إلى الخندق، وأما كنس الأم التي يجتمع فيها مأوهم فالكنس فيها عليهم أجمع ويُنظر

(1) كذا في النسخين ولعل المراد بالتفل الوسخ.

(2) الغسالات جمع غسالة وهي من الشيء مأوهم الذي غسيل به أي الماء الذي توسخ بعد الاستعمال.

(3) في الأصل يذهب نون الرفع ويقع هذا الحذف في الكتاب كثيرا.

(4) في الأصل، إلى أمر وهو تحريف واضح.

(5) في الأصل، إلى الأمر وهو تحريف شبيه بالذي وقع من قبل.

فإن كان إنما يجري فيها ماء المطر فقط بالغرم على عدد الدور لا على عدد العيال وإن كان يجري في هذه القنوات التفل من الغائط والبول فالغرم في كنس تلك على قدر كثرة العيال وقتهم كسكان في دارٍ وكنيفهم⁽¹⁾ واحد.

في منع الكلاً أو بيعه والحيتان التي في الغدير والأنهار

من المجموعة قيل لابن القاسم في الحديث الذي جاء لا يُمنعُ فضل الماء ليمنع به الكلاً⁽²⁾ قال : إنما ذلك فيما أحسب في الصحاري والبراري وأما في القرى والأرض التي عرفها أهلها وقسموها فلهم منع كليها عند مالك إن احتاج إليه وإلا تخلّى بين الناس وبينه، قال مالك : وله بيع مراعي أرضه سنة بعد أن تطيب ويبلغ أن يُرعى ولا يبيعه عامين.

من العتبية⁽³⁾ من سماع ابن القاسم في الأرض فيها العُشبُ أن له أن يحبسها إن كان له بها حاجة وإلا فليس له ذلك، قال عيسى : سألتُ ابن القاسم عن قول مالك وكذلك قال ابن حبيب : سألتُ مطرف عن قول مالك / إن كان لرجل¹⁴¹ أرض فله منع كليها إن احتاج إليه وإلا فليُخلّ بين الناس وبينه، وعن قوله لا بأس أن يبيع الرجل خصب أرضه عامه ذلك إذا بلغ أن يُرعى وأي خصب يبيعه للناس ؟ وأي خصب يمنع⁽⁴⁾ ؟ فقالا : الذي يبيعه ويمنع الناس منه وإن لم يحتج إليه فما من مروجه وحماه، فأما الذي لا يبيعه ولا يمنعه إلا أن يحتاج إليه فما سقى المرج والحمل من خصبٍ فدادينه وفحوص أرضه.

(1) الكنيف : المراض وأصله في اللغة السائر وسمي به المراض لأنه يستر من دخل إليه.

(2) سبق تخريجه.

(3) البيان والتحصيل، 10 : 244.

(4) في الأصل، وأي خصب يبيع.

قال مطرف : البور⁽¹⁾ والعفاء⁽²⁾ فإنه لا يجوز بيعه ولا منعه قال : وهذا يُجْبَرُ على إباحته للناس إن استغنى عنه إلا أن يكون عليه في وصول الناس إليه بدواهم مضرة مثل فدان فيه خصب وحواليه الزرع فله منعهم منه للضرر. قال ابن حبيب : وسألت عن ذلك ابن الماجشون فساوى بين الوجهين وقال : هو أحق بخصب أرضه البيضاء⁽³⁾ كلّها التي يزدرعها وإن لم تكن حمى ولا مروجاً وإن شاء باع أو منع أو رعى، وإنما الذي لا يحل بيعه ومنعه إن لم يحتج إلى رعايته خصب العفاء من منزله.

وقال أصبغ : رأيت أشهب ينكر رواية ابن القاسم عن مالك أن للرجل بيع خصب أرضه عامه ذلك إن بلغ أن يُرعى وكان لا يجوز بيع الكلا على حال وإن كان في أرضه وحماه ومروجه قال : وإنما الكلا كالماء العذب الذي يخرج الله على وجه الأرض فلا يملك ولا يباع وهو لمن يأتيه الله في أرضه فينتفع به وله أن يحميه / ويدب عنه لمنافعه به فإن استغنى عنه لم يجوز له منعه من احتاج إليه ولا يبيعه إلا أن يجذّه ويحتمله كما يفعل الناس في بيعه، فأما نابتا قائما فلا يبيعه ولا يمنعه ولو جاز هذا لمن له أرض جاز للإمام ذلك في أرض العنوة أن يمنع كلاها يجعله كالسواد، وهذا قال أصبغ، ابن حبيب، وقول مالك ومطرف وابن القاسم أحب إلي.

وروى أصبغ للنبي ﷺ أنه قال: المسلمون شركاء في ثلاثة الماء والكلا والنار⁽⁴⁾. ومن المجموعة قال ابن القاسم عن مالك في رجل يكون له الغدير أو البركة أو البحيرة فيها الحيتان فلا يُعجبني بيعه ولا ينبغي أن يمنع من يصيد فيه، وكذلك في بحيرات عندنا يبيع أهلها سمكها ممن يصيد فيها سنة.

(1) البور من الأرض : ما لم يزرع.

(2) العفاء : التراب.

(3) الأرض البيضاء : الأرض الملساء التي لا نبات فيها كأنّ النبات كان يُسوّدها وقيل هي التي لم تُوطأ وقد نهى الرسول ﷺ عن بيع الأرض البيضاء ستين أو ثلاثة. رواه أحمد بن حنبل في مُستدّه بسند جابر بن عبد الله.

(4) أثبت ابن ماجة في سننه في كتاب الرهون باب المسلمون شركاء في ثلاثة.

قال مالك : لا يعجبني لأنه يقل ويكثر ولا أحب لهم أن يمنعوا الناس من الصيد فيها، قال أشهب : إذا كان لك غدير أو بركة أو عين فيها سمك فإن كنت أنت طرحت فيها سمكاً فتوالد ولم يأتها ذلك من غياث الله سبحانه فأنت أولى به، وإن كان ذلك جاء مع الماء إذ جاء فليس لك أن تمنع من الصيد فيها إلا أن يكون في صيد فيها ما يفسد عليك غير ذلك من ملكك فليس ذلك لهم.

قال سحنون : له أن يمنع مراعي أرضه وحيثان غديره لأن ذلك في ملكه وحوزه وذلك سواء. قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون : ما كان من ذلك ملكاً لأهله وفي حوزهم وملكهم فلهم أن يمنعوا الناس منه وما كان منها في الخلع والأنهار التي لا تُملك فليس لمن دنا إليها بسكناه / وحقه أن يمنع منها من طراً وقال مثله ابن حبيب، وكذلك قالوا في مصايد الحيتان في الأنهار والبحيرات والغدر والبرك والخليج أن لهم منع الناس من الصيد فيها إن كان ذلك فيما يملكون من أرضهم، وإلا فليس لهم المنع منها.

قلت : فلو عملوا فيها مصايد بقصب وخشب وما عرفه أهل الإصطيد ؟ قال : ليس لهم أن يتحجروها عن الناس ولكن يبدؤون بالإصطيد فيها فإذا أخذوا حاجتهم خلوا بين الناس وبينها والصيد فيها.

قال أصبغ : وابن القاسم ساوى بين ما كان في ملكهم وغير ملكهم كالكلأ. ومن المجموعة قال عبد الملك للرجل أن يُكرِّي مراعي أرضه فإن شاء باع وإن شاء وهب إذا حضر وقت الرعي فإن كانت الأرض مسلم قوم من القرية فليس لهم أن يكروها ولا يمنعوا فضل مائها يمنعوا به الكلأ.

قال سحنون : وفيها جاء الحديث فيما لا يُمنع ولا يجوز بيعه وكما لا يباع البئر في أرض الأعراب فكذلك كلؤها وكما يباع البئر في الأرض المملوكة، كذلك يباع كلؤها، هكذا بلغني عن سحنون أن مسلم القوم إن لم يكن في كلة فضل عن ماشيته لضيق المسلم أو لكثرة الماشية فليس لغيرهم أن يدخل عليهم بالرعي فلهم منعهم لأنه من دفع الضرر ولكن ليس لهم بيعه كما لا يبيعون بئر ماشيتهم

وهم يبدؤون بالشرب وكذلك في الكلاء. والناس في فضل هذا وهذا سواء ولا يباع ذلك، وكذلك لا يعجبني بيع أطراف مسلماتهم لأن بيع / ذلك منع لمنافعه واكله، وهم ليس لهم منع ما فضل عن حاجتهم، فكيف يبيعون ما لا يملكون ولا يورث عنهم؟ إلا أن يبيعوا ذلك ويقتسموه⁽¹⁾ بالسلطان فيكون ذلك كأنه قطعه لهم. وإن كان ذلك مما يحتاجون إليه مما لا يدخل فيه القطائع فليس ذلك لهم لأن بيع ذلك قطع لمنافعه عن نسلهم وعن الغائب عنهم وملكهم فيه ملك مَنَعَةٍ ليس ملك حقيقة.

في حريم الآبار والعيون وحريم النخلة وفيمن حفر في داره ما يضر جاره

من المجموعة ابن وهب عن مالك فيمن له بئر في أرضه يسقي بها حرثه وحائطه فيريد جاره أن يحفر بئراً قريباً منها، قال : ينظر فيه الإمام فرب أرض رقيقة إن حُفِرَ بقرها ذهب ماؤها وأخرى جبل لا يضر ما حُفِرَ بقرها فما كان فيه ضرر منعه الإمام وإلا تركه. وروى مثله ابن القاسم في بئر الماشية والعيون إن حريمها علي قدر اجتهد الإمام بقدر حدة الأرض ورتتها، وفي سماع ابن وهب قال وذكر له ما جاء عن ابن المسيب فقال : ما علمت ذلك.

وذكر ابن نافع عن مالك في المجموعة وهو في العتبية⁽²⁾ من سماع أشهب عن مالك أنه سئل عن حريم الآبار والعيون فقال : إنما الحريم في الفلوات وحيث لا يملك فأما ما احتفر رجل من بئر أو عين في حقه فله ذلك إلا أن يضر ذلك بجاره ضرراً بيناً، فقد يحفر بئراً يستفرغ بحفره بئر جاره فهذا يُمنَع وأما في الفلوات فليس لذلك حريم معلوم ولكن ما صار إلى الضرر / مُنِعَ منه ولا بأس بما لا يضر أما الأرض الشديدة الصخر فلا يكاد يضر الحفر فيها وإن تقاربت الآبار، وأما

(1) في الأصل ويسقتسمونه بإثبات نون الرفع.

(2) البيان والتحصيل، 10 : 250.

الأرض البطاح اللينة فإنها إذا تقاربت انتشف بعضها ماءً بعض فليُبعد عنها ما لا يضرُّ بها بغير حد معلوم إلا ما فيه الضرر.

قال ابن نافع : وبلغني في حريم البئر العادية⁽¹⁾ خمسين ذراعاً وفي البئر البادية خمسة وعشرين ذراعاً أخبرني ابن أبي ذيب عن ابن شهاب عن النبي ﷺ فقال أشهب : قد جعل لها العلم حريماً⁽²⁾ وجرى ذلك بينهم قديماً وذكر هذا الحديث عن سفيان عن ابن شهاب عن ابن المسيب عن النبي ﷺ في حريم بئر الزرع خمسمائة ذراع⁽³⁾.

قال ابن شهاب : لا أدري ذكر حريم بئر الزرع أفي الحديث هو أم من قول سعيد، ؟ وذكر ابن وهب الحديث عن يونس عن ابن شهاب عن ابن المسيب وذكر عن قول ابن المسيب في البئر العادية وبئر البدو مثل ما تقدم من نواحيها كلها.

قال ابن المسيب : وسمعت الناس يقولون : حريم العيون خمسمائة ذراع، وكان يقال : حريم الأنهار ألف ذراع، وفي حديث آخر لابن وهب عن عمر بن الخطاب في البئر العادية وبئر البادية كما تقدم، وقال : في العيون خمسمائة ذراع وفي بئر الزرع المناضح ثلثمائة ذراع، وقال ابن شهاب عمَّن أدرك من العلماء كانوا يقضون في غياض العيون في رفاق من الأرض بتسعمائة⁽⁴⁾ ذراع وإن كانت في جلد من الأرض فأربعمائة ذراع وخمسون ذراعاً.

(1) البئر العادية : البئر القديمة التي لا يعلم لها حافر ولا مالك فيقع فيها الإنسان أو غيره وجاء في لسان العرب لابن منظور أنها هي المرادة من قوله عليه الصلاة والسلام : البئر جُبَارٌ أي هدر وذكر لهذا الحديث تفسيراً آخر.

(2) في ص، قد جعل أهل العلم لها حريماً.

(3) لم يتيسر لي تحديد حقيقة هذا الحديث إلا أنه يوجد في سنن الدارمي في باب حريم البئر عن عبد الله بن معقل عن رسول الله ﷺ أنه قال : من احتفر بئراً فليس لأحد أن يحفر حوله أربعين ذراعاً عطناً لماشيته.

(4) في ص، سبعمائة بتقديم السين.

قال أشهب : وإنما هذا حكومة سواء في كل ما نزل وفيما ذكر عمر في ذلك يناس عليه / كما يُروى في جزاء الصيد ويؤتف فيه الحكم فيجهد في ذلك كله في بئر العادية وبئر البادية وبئر الزرع وبئر الماشية ويقدر ما لا يضر من ذلك بمن سبق وليحتفر وإن كان أقل مما مضى من حده، وإن كان مما يضر فليمنع وإن كان أبعد مما مضى فيه من الحد لأن النبي ﷺ قال «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾، وكذلك حريم العيون والأنهار يختلف باختلاف الأرض في لينها وشدتها وهذا في إحياء الموات وما احتفر الرجل في حقه أو [مما اختط إياه أو ابتاعه]⁽²⁾ فإنما يراعي ألا يضر ما فعل بجاره إن كان يجد بداً من احتفار ذلك ولم يضطر إليه فإن كان لضرورة ولا مندوحة له منها فليحتفر في حقه وإن ضر ذلك بجاره لأنه قد أضر به تركه كما يضر بجاره حفره وهذا حقه أن يمنع جاره أن يضر به في منعه الحفر لأنه ماله، وهذا أيضاً قول مالك.

قال ابن القاسم في البئر في أرض صلبة فأراد أحد أن يحفر قربها أو يبنى بناء فقال أهل البئر : هذا عطنٌ لإبلنا ومرابض غنمنا⁽³⁾ وبقرنا [وذلك لا يضر ماء البئر]⁽⁴⁾، قال : يُمنع من ذلك لأنه حق لهم إذا أضر بهم في معاطنهم فهو كالضرر بهم في مائهم. وقال أشهب : هذا في إحياء الموات فيما يُحتضر ويُحرث ويؤتى فليس لمحبي الموات⁽⁵⁾ أن يحسبوا ما كان مضراً بمن قاربه ولا ينظر فيه إلى قول الحافر ولا قول أرباب الماشية ولكن إلى ما كان فيه الضرر بعطنتهم فإن لم يضر بهم فله أن يحتفر.

قال ابن القاسم وأشهب فيمن له بئر خلف حائطه أو وسط داره فحفر جاره في داره بئراً أو كنيئاً أضر ببئر جاره فإنه يُمنع. قال أشهب لأنك أحبيت

- (1) رواه الإمام مالك في الموطأ مرسلًا عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ ورواه الإمام أحمد بن حنبل في مسنده فيما أسنده عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما.
- (2) العبارة جاءت في الأصل مضطربة فأثبتناها على الصورة التي ذكرنا.
- (3) في ص، هذا عطنٌ لإبلنا ومرابض لغنمنا.
- (4) ما بين معقوفتين ساقط من ص.
- (5) في الأصل، فليس غير الموات وهو تحريف والصواب ما أثبتناه من ص.

ذلك لما قبله / فليس له أن يُخَيَّ ما يقطع عليك ما أحيت قبله، قال النبي ﷺ: لا ضرر ولا ضرار⁽¹⁾.

وقال في نهر يمر في أرض قوم فأرادوا أن يغرسوا في حافته فمنعهم صاحب النهر فليس له منعهم، وقال أشهب : لأنهم يغرسون في حقهم ولا يضر ممر نهره وإن شرب منه الغرس إلا أن يغرس في موضع لك أن تلقى طين نهرك فيه فلك منعهم لأن لك فيه حقاً.

قال ابن القاسم فإن غرس ولم يقدر أن يُلْقَى الطين على غيره الشجر لكفرته فليُنْقِ على الشجر إذا كان شأنهم إلقاء الطين في حافته هذه سنة بلدهم. ومن كتاب ابن غانم وسؤاله مالكا قال : وسألته عن حریم النخلة قال : قدر ما يرى أن فيه مصلحتها ويترك ما أضر بها، قال : وسُئِلَ عن ذلك أهل العلم به وقد قالوا : من آتني عشر ذراعاً من نواحيها كلها إلى عشرة أذرع وذلك حسن وسُئِلَ عن الكرم أيضاً وعن كل شجرة أهل العلم بها فيكون لكل شجرة بقدر مصلحتها.

في سيل الأودية والأنهار إذا تشاح فيها أهلها

من المجموعة ذكر من رواية ابن القاسم وابن وهب عن مالك فيما رُوِيَ عن النبي ﷺ في سيل مهزور ومذئيب⁽²⁾ أن يمسك الأعلى على الأسفل [ثم يرسل الأعلى على الأسفل، وفي حديث ابن وهب : يُمَسِّكُ الأعلى على الأسفل، الماء في حائطه إلى الكعبين ثم يرسل على الأسفل]⁽³⁾ ثم يعمل من كان أسفل منه كعمله

(1) سبق تخريجه من مسند الإمام أحمد.

(2) مهزور ومذئيب واديان يسيلان بماء المطر خاصة، وفي مهزور اختصم إلى النبي ﷺ من حديث أبي مالك بن ثعلبة عن أبيه أن النبي ﷺ أتاه أهل مهزور فقضى أن الماء إذا بلغ الكعبين يمس الأعلى.

(3) ما بين معقوفين ساقط من ص.

حتى ينقص الأموال⁽¹⁾ أو يَنْفَدَ⁽²⁾ الماء. قال المسور: فمضت بذلك السنة في شرب الحوائط / بالسيول على هذا وعملوا به ثم تشاح الناس. قيل للمالك في قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: يُنْسِكُ الماء حتى الكعبين ثم يرسله على الأسفل⁽³⁾ يلزم ذلك الأئمة الناس في كل ما كان مثل العوالي في ماء السماء، قال: أما السيل فإنه يُقْضَى به في كل مكان. وأما النيل⁽⁴⁾ فلا أدري. قال ابن نافع: وأرى ذلك في النيل أيضاً قال: وقد كان في سيل مهزور ومذنب يومئذ أصل نخل قال: نعم.

قال ابن كنانة، وبلغني أن السيل إن كان يُسْقَى به الزرع مثل سيل مهزور ومذنب أنه يُحْبَسُ حتى شراك النعل ثم يرسل الأعلى على الأسفل فأما ما سقى النخل والشجر التي لها أصل فليُحْبَسَ إلى الكعبين، قال: وليُنْسِكِ الزرع والنخل والأصول إلى الكعبين أحب إلينا لأنه أحرى أن يروى ما يسقى به، وتفسيره أن يمسك السيل على نخل الرجل وزرعه قبل يدخله السيل فإذا بلغ إلى الكعبين أرسل حتى يسقي ما تحته من نخل أو زرع لغيره فإذا سقاه أمهل أيضاً عن نخل من هو أسفل منه وزرعه فيفعل هكذا حتى يسقي كل ما تحته فيُحْبَسَ لنخل كل رجل وزرعه مرة ولا يحبس مرة واحدة لها كلها.

قال سحنون ومهزور ومذنب واديان بالمدينة يسقيان بالسيول ليس ملكهما لأحد فيتشاح الناس فيها فأمر النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يبدأ الأعلى فيحبس الماء إلى الكعبين وإنما يراد بذلك أن يرسل الأعلى السيل ويحبس الماء الذي بلغ في أرضه إلى الكعبين فلا يرسله. قلت له: فإن كانت أرض الأعلى غير معتدلة بعضها أشرف من بعض؟ قال: يُؤْمَرُ أن يعدل أرضه وليس له أن يحبس / على أرضه كلها 145 ط

(1) كذا في ص وهي محوطة من الأصل. واللفظ عند ابن ماجه في كتاب الرهون (حتى تَنْقُضَ الحوائض أو يَفْنَى الماء).

(2) في ص، يبعد وفي الحديث المذكور سابقاً: يَفْنَى.

(3) ورد في الموطأ في باب القضاء في المياه ورواه أبو داود في كتاب الأفضية وابن ماجه في كتاب الرهون باب الشرب من الأودية ومقدار حبس الماء.

(4) كذا في ص وجاءت العبارة في الأصل وأما السيل.

فوق الكعبين وهو الحكم في كل عين غير مملوكة وهي تسيل سيحاً، وكذلك حكم السيول من ماء المطر مما يأتي من الجبال والأرض التي ليس بمملوكة إن قدر الأعلى أن يمسك الماء حتى الكعبين فذلك له ثم يرسل على من تحته ما بعد الكعبين وكل عين مملوكة ملكها لقوم فإنهم يقتسمون ماءها على قدر ملكهم فيها لا يكون الأعلى أولى بها حتى يبلغ الكعبين ولكن يُقسَم بالقلد⁽¹⁾ وهي القدر ويأخذ كل واحد ماءه فيصنع به ما شاء كان أسفل أو أعلى.

وكذلك السيول التي تأتي من ماء المطر من أرض الناس المعروفة لهم فلكل واحد أن يمنع ماءه ويحبسه في أرضه قل أو كثر ولا يرسل من تحته شيئاً ولا حجة لمن تحته عليه إلا أن يتطوع له بذلك.

وإن أرسل رجل ماء أرضه إلى جاره فللمرسل إليه أن يحبسه في أرضه ولا يخلي منه شيئاً إلى من تحته. وسئل بعض أصحابنا عن النهر الصغير عليه الأرحية والأجنة فيسقي به أهل كل قرية شجرهم وبعض الأجنة فوق بعض إلى آخر النهر والقرى على النهر يشربون من مائه ويردون بمواشيهم فيقل مأؤه في الصيف لما يكثر عليه من سداد الأرحية والأجنة فيسقي به أهل كل ملأيا في القرى السفلى ما يسقون ويردون بمواشيهم وربما حفت شجرهم قال وأرى أن يهدم الولي تلك السداد إذا علم أن الماء يسعهم بهدم السداد، وإن كان لا يعثمهم إن خرقتها فلا يخرقتها إلا أن يخرج الماء من أرض قوم وحوزهم فيكون أولئك أحق بمائه حتى يفرغوا من حاجتهم فيكون فيه الأسفلون بالسوية / القرى كلها يقسمون ثم يقسم أهل كل قرية ماءهم إذا احتاجوا إليه على قدر ما لهم في القرية، وإن كان لأحدهم شرب معلوم من الأسفلين أعطيه إن ثبت ذلك بيينة عادلة وسواء كانت تردده الماشية أم لا.

146 ر

(1) القلْد بفتح القاف مصدر لَقَلَدَ الماء في الحوض إذا جمعه والْقَلْد بالكسر يوم السقي المحدد لشخص ما على التناوب وفي حديث عبد الله بن عمرو أنه قال : لَقَيْمِهِ عَلَى الْوُحْطِ إِذَا أَقْمَتَ قَلْدُكَ مِنَ الْمَاءِ فَاسِقِ الْآخِرِ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ أَي إِذَا سَقَيْتَ أَرْضَكَ فَأَعْطِ مِنْ يَلِيكَ. ذكره ابن منظور في لسان العرب.

قيل فقد تكثر عليه الأرحية فيقل ماؤه في الصيف فيسد الأعلى رحاه فيحبس الماء ليلة أو بعض يوم ثم يرسله فيطحن رحاه ويسقي شجره ثم يتولاه الذي يليه فيفعل مثل ذلك فرما بقي الأسفل لا يطحن رحاه أياما قال فليوكل الوالي أمانة على كل قوم بناحتهم فيمنعون من سد ذلك الماء ويرسلونه إذا كان في إرساله منفعة للأسفلين في طحينهم وسقي شجرهم وإن لم تكن لهم فيه منفعة تركوا وذلك، لا يُمنعون من منافعهم إذا لم يضرروا فيها بأحد.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال عيسى وسئل ابن وهب وهو في المجموعة إلا أنه قال وسئل بعض أصحابنا عن قوم لهم مرج يزرعون فيه وللمرج واد فإذا كان السيول في مرجهم وأن ذلك الوادي انصرف عن مرجهم فهل لهم أن يسدوا مصرفه عن مرج الآخرين؟ قال: إن دخل الماء أرضهم قبل انصرافه فهم أحق به حتى يسقوا ما عندهم ثم يرسلوا الفضل إلى إخوانهم وإن انصرف عنهم قبل أن يدخل أرضهم فليس لهم قطعه عن إخوانهم إلا أن تكون فيه سعة لهم جميعا لأن الماء غيث يسوقه الله تعالى إلى ما يشاء قال الله تعالى: ﴿وَلَقَدْ صَرَّفْنَاهُ بَيْنَهُمْ لِيَذَكَّرُوا﴾⁽²⁾ يريد المطر فلا يقطع عن قوم ما صرّفه الله إليهم ولا ينقلونه من مكان بعيد فيصرفونه إليهم دون ما هو أقرب إليه منهم /.

قال في العتبية⁽³⁾ وقال ابن القاسم مثله وفي أبواب الأرحية شيء من معنى هذا الباب.

ومن الواضحة وسألتُ أصبغ عن العين لرجل في أرضه ولجاره أرض إلى جنب عينه فينبع في تلك الأرض عيون من تلك العين فيريد صاحب العين سد ما ينبع منها في أرض جاره ليُغزِرَ عينه، قال: إن كان جاره لم يستحدث ذلك ولم يحتقره كي يجر ماء العين لنفسه فليس ذلك له لأنه شيء ساقه الله إليه وإن كان

(1) البيان والتحصيل، 10 : 265.

(2) الآية 51 من سورة الفرقان.

(3) البيان والتحصيل، 10 : 265.

هو الذي احتفرها واجتر الماء إلى أرضه بحفر أو شيء صنعه فليس ذلك له ولرب العين منعه وإن بسد ينابيع الماء في أرضه. وقال ابن القاسم مثله وهو من كتاب ابن سحنون من سؤال حبيب سحنون عن جنانين في زقاق من أزقة واحد أعلى وآخر أسفل فيأتي المطر فيريد صاحب الأعلى حبس الماء كله قال : هو أولى بالماء كله حتى يصير إلى الكعبين إن كانت أرضه مستوية ثم يسرح الماء إلى الأسفل قبل الجنان الأسفل كبشر يحمل الماء قال : وإن كثر فليس له منه إلا ما فضل عن الكعبين، قيل : فإن كان الجنانان متقابلين قال : يُقَسَّمُ الماء بينهما، قيل : فإن كان الأسفل مقابلاً للأعلى ؟ قال : يعطي ما خرج عنه ما يسقي إلى الكعبين، يريد بذلك الخارج ثم يُقَسَّمُ الماء بينهما، قيل : فإن كان بعض الأجنة أقدم من بعض ؟ قال : والقديم أحق بالماء.

في البئر أو العين في جنان الرجل أو في داره المهذومة شركة للناس ينتفعون به زماناً ثم أراد منعهم ومن أقطعت عينا من واديك ثم قام فيه ورثته

147 / من العتبية⁽¹⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن انهدم حائط حجرته وفيها بئر يشرب منها جيرانه زماناً حتى مات الآباء وشرب منه الأبناء حتى طال الزمان ثم أراد منعهم وبنائها كما كانت، قال : إن كانت معروفة في غلقه وحجرته حتى انهدم الجدار فتركها شرباً لجيرانه ردّها إن شاء وإن طال الزمان إلا أن يأتوا بأمر يستحقونها به، وإن كان أمر الجدار مجهولاً وتقادم الأمر فيه جداً لا يمنع أحداً أن يشرب منها يبقى كذلك إلا أن تقوم بينة⁽²⁾ على إرفاق⁽³⁾ أو عارية أو أمر يستحقها به دونهم.

(1) البيان والتحصيل، 10 : 310.

(2) في ص، إلا أن تكون له بينة.

(3) الإرفاق إعطاء منافع العقار وفي المصباح المنير للمنفوي ارتفعت بالشيء انتفعت به.

قال عبد الملك بن الحسن : سألت ابن وهب عن حائط رجل ليس عليه جدار قال وفيها عين يغسل فيها من يجاوره من النساء ثيابهنَّ ويُقَصَّرْنَ شققهن ويرتفقن ومضى لذلك زمان ثم طلب رب الجنان أو مبتاعه منه أن يحظر عليهن⁽¹⁾ الحائط ويقطع عمن كانوا يرتفقون⁽²⁾ بالعين مراققهم بالغسل والوضوء وغير ذلك وادعوا أن لهم هذا المرفق منها وقامت لهم بذلك بينة وقال رب الجنان كنت تركتهم وقد أضرت بي اختلافهم إليها قال : فله منعهم من ذلك وإباحته إذا شاء وليس ما أباحهم من ذلك أولاً لجيرانه وللمارة وللناس مما يقطع نفعه من ذلك ولا منعه، وصرفه حيث شاء إذا كان ما تقدم منه معروفاً صنعه ولم يكن صدقة بأصل العين أو تحسيساً على الناس فله منع ذلك إن شاء، وسواء كان هو أنبسطها أو اشتراها وإنما هي كثر الزرع والأجنة ولا أحب له أن يمنع الشرب منها من غير أن أقضي عليه.

وقال أشهب : له ذلك / ليس لهم أن يدخلوا عليه في حظيرة⁽³⁾ ولم يكن له قبل الحظر معهم من غسل ثيابهم في العين إلا أن يكونوا يغسلون ثيابهم في موضع من الحائط يخاف على بعض ما فيه منهم فله منعهم، وإن لم يكن الحائط محظراً. ومن سماع أشهب وابن نافع عن مالك فيمن له واد فأقطع رجلاً منه عيناً ثم ماتا فطلب أبناء القاطع منع أبناء المقطع ولا يُدرى كيف أقطعه إلا أن ذلك بيده سنين ببينة قال مالك : أقطعهم عيناً ولم يحدثوا فيها شيئاً بحضرته يحتجون به إنا أحدثنا ذلك وأنعم تنظرون هم يريدون اقتطاع الوادي كله فليس هكذا يكون، وكذلك من أعطى رجلاً بيتاً فأبي بيت هو وما درعه ؟

(1) في الأصل، عليه.

(2) في الأصل، عمن كان يرتفق.

(3) الحظيرة : الشيء المحيط بشيء آخر سواء كان خشباً أو قصبا.

فيمن غرس على ماء رجل
أو على فضل مائه فلم يمنعه
ثم أراد منعه
أو غرس على ماء أحياء
ثم أراد أن يغرس عليه

من العتبية⁽¹⁾ روى عيسى عن ابن القاسم فيمن له ماء يسقي به وفي الماء فضل يجري على قوم فغرسوا عليه غرساً ثم بدا لرب الماء أن يحبسه عنهم ويحفر له بركاً يحبسه فيها قال : ليس ذلك له، قال محمد بن خالد عن ابن القاسم إن كان يعطيه منه لهم فهو أولى به إن احتاج إليه وإلا فليس ذلك له. قوله يعطيه يريد كالعارية لا يريد التمليك والعارية في مثل هذا على التأييد إلا أن يحتاج إليها لأن هؤلاء بنوا وغرسوا وهو يعلم ولا ماء لهم غيره فهذا كأنه سلم إلا أن يكون بين لهم وجه العارية. وأعرف لسحنون نحوه.

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن له أرض قرية من ماء قوم فغرس عليه /
فنبت الشجر وأهل الماء يعلمون ثم أرادوا حبسه عنهم فقالوا تركتمونا حتى غرسنا ثم تحبسوه عنا، وقال أهل الماء غرسهم عليه وهو مما لا نقدر على حبسه، قال : ليس لأهل الماء حبسه ولا يرسلوه إلا أن يحفر هو بئراً أو ينتظروا ماء إلا أن يكون ليس في الماء فضلة عن حاجة أصحابه، وإن أخذ منه شيء منهم دخل عليهم الضرر والهلاك في علمهم فيكونوا أولى بمائهم، وقد قال مالك فيمن انهارت بئرته ولجأه فضل ماء أنه يعطي له فضل مائه بغير ثمن حتى يصلح بئرته.

ابن القاسم : وإن لم يعلموا بذلك فأرادوا صرف مائهم وفيه فضل فإن كان ليس لهم في الفضل منفعة تأتيتهم يريد فأهل الغرس أولى به وإن كانت لهم فيه منفعة فهم أحق بمائهم وليس لأهل الغرس في ذلك قول وإن باعوه يريد أهله إلا أن يرضوا أن يبيعوه منهم، قال عيسى : أرى أهل الغرس أولى بالماء بالثمن الذي

(1) البيان والتحصيل، 10 : 319.

يبيعونه به، قال أصبغ عن ابن القاسم فيمن غرس في واد فكان يسقي بمائه فجاء غيره فغرس في ذلك الوادي، قال : ليس له أن يحدث على الأول ما يقطع مائه إلا أن يكون في الماء ما يكفيهما، قال أصبغ : وذلك إذا استرسل الأول بالإحياء والغرس والانتفاع بالماء، وفي باب من أذن لرجل أن يجري الماء في أرضه إلى رحيّ يجريها مسائل من معنى هذا الباب.

في العين المشتركة
يريد أحدهما صرف مائه منها إلى أرض أخرى
ومن عليه في حائطه مجرى ماء لرجل
فأجراه في حائط آخر
أو أراد قطعه هل له ذلك ؟

148 ط من المجموعة قال ابن القاسم وأشهب في أرض لقوم وقد عرف كل / رجل منهم حصته من الأرض ولهم عين هم فيها أشراك وهي شِرْبٌ لأرضهم فأراد أحدهم أن يصرف شِرْبَه إلى أرض له أخرى قال ذلك له، عطّل مصابته من الأرض التي بينهم أو لم يُعطّلها يريد والأرض مقسومة، قال لأن له أن يمنع ذلك الماء وكذلك له أن يسوقه إلى أرض له أخرى إذا كان لا يسوقه في شيء من خطوطهم فإن كان إنما يمر به في شيء من خطوطهم فليس له ذلك إلا برضا من يمر به في خطه.

ابن القاسم قال مالك : ولأحدهم بيع مصابته منه ولا شفعة فيه إذا قُسِّمَت الأرض فهذا يدلّك على ما ذكرنا، وقال ابن كنانة فيمن في حائطه ربيع⁽¹⁾ لقوم فجروه وأجروه في حائط غيره خمس سنين ثم أراد الأول⁽²⁾ أن يجره إلى مجراه الأول لمنفعته به في حائطه قال : ليس ذلك له وحجة الذي يجري في حائطه الربيع آخر

(1) الرِّبْعُ : الساقية وسيأتي التعريف بها عند المؤلف فيما بعد.

(2) في الأصل، ثم أرادوا أن يجره وذلك غفلة من الناسخ.

مرة أقوى ولا أرى أن يُثَقَّلَ عنهم إلا أن لا يكونوا أحيوا عليه شيئاً فيكون الأول أولى به.

وقال فيمن له العين تجري إليه من مكان بعيد أو قريب فأراد بعض من وجد تلك القناة في دار أو أرضه فوقه قطعها عنه ويحتج بأنني قد وجدت في داري وقناتي فلا أمتنع منه، قال : ليس له ولا لغيره أن يقطعها عن الذي ظهرت عنده ولا عمن ينتفع بذلك الماء ظهر ذلك الماء أو لم يظهر ولكن للذي فوقه أن يشرب وينتفع من غير أن ينقص ماؤها نقصاناً يضره وليس له أن يقطعه كان قريباً أو بعيداً.

في النهر ينكشف (في) (1) بعض أرضه أو في أرض رجل. لمن يكون ما انكشف منه ؟

من العتبية (2) / روى عيسى عن ابن القاسم، وذكره ابن حبيب عن ابن الماجشون، في النهر إلى جانب قرية فييس منه في ناحية من نواحيه شيء، قال ابن الماجشون : في كل سنة ؟ قالوا : حتى صار أرضاً بيضاء يعتمل لمن ترى ذلك ؟ قال : لصاحب الأرض التي تلي النهر من الناحية التي ييسر إن كانت تلك الأرض لرجل وإن كانت بوراً لقوم فهو بسبيل البور قالوا : وإن مال النهر إلى ناحية من مجراه فصار مجراه بأرض رجل كان يليه بأرضه قال : فالأرض التي انكشف النهر عنها للرجلين اللذين كانا يليان بأرضهما من جانبيه كما كان النهر بينهما في منافعه ثم قد صار النهر الذي قد صرفه الله تعالى إلى أرضه فشققها. قال سحنون في العتبية (3) أرى مجرى النهر موثلاً لا يكون لمن يليه من الأرض إلا بقطيعة من الإمام.

(1) (في) ساقطة من الأصل أثبتناها لينسجم بها الكلام.

(2) البيان والتحصيل، 10 : 285.

(3) البيان والتحصيل، 10 : 300.

قال ابن عبدوس ومن كتاب شجرة إلى سحنون في واد مجراه يميل إلى أحد ناحيتيه فيكسر الأرض كسراً شديداً ويرمي في الناحية الأخرى الرمل والطفل فيذهب بأرض كثيرة إلى الناحية الأخرى وحد كل طائفة إلى الوادي قديماً تَبَدَّل مجراه وقد يكون مجراه اليوم غير مجراه فيما خلا قال : مجراه الذي أدركتموه هو مجراه وما أفسد في أرض أحد فهو مصيبة [نزلت] ^(١) به وما أصلح في الأخرى فهو له وما انكشف من أرض الوادي فسبق إليه أحدهما فأخذه فحرثه فهذا هو الذي قرب من العمران ولا يكون لمن أحياء إلا بإذن الحاكم ينظر فيه بما هو أصلح للعامة.

ابن حبيب قال مطرف : سواء ييسر ناحية النهر أو ييسر النهر كله أو تحول عن مجراه إلى مجرى آخر فصار أرضاً بيضاء فإنها ليست لمن كان يلي النهر بأرضه ولكن للإمام / أن يقطعها لمن رأى كالعفاء والموات وهي كالطرق وهي لجميع المسلمين مقرة ليرجع إليها الماء أو ينتفع بها المسلمون ينظر فيها الإمام وليس حقوق من يلي النهر بأن ينصبوا عليه الأرحاء وشبهها من ذلك لأن ذلك يقع بالماء وحده.

وأما الأرض تنكشف فهي للمسلمين بخلاف البور والشعراء إلى جانب القوم والناس في النفع في النهر سواء في جري السفن وممرها فهو إذا انكشف للمسلمين، وقال أصبغ مثل قول مطرف، وقال ابن حبيب : هذا هو الأصل لو كان للناس إمام ينظر فيه فإذا لم يكن لهم ذلك فقول ابن الماجشون أحب إلي، قال مطرف وابن الماجشون : وإن كان النهر لاصقاً بالطريق والطريق لاصقاً بأرض رجل يخفر النهر جميع الطريق ودخل في أرض الرجل هل للناس أن يتطرقوا طريقاً في أرضه لاصقاً بالنهر كما كان الأول، قال : ليس لهم ذلك إلا بإذنه وله منعهم إن قدر، قيل : فإن يأخذ الناس ولا منفذ لهم قال : ينظر لهم الإمام ويحتالوا لأنفسهم ومن مر في ذلك فليتحلل صاحب الأرض وتحلله قبل ذلك أحب إلي.

(١) ساقطة من الأصل.

قال ابن عبدوس قال سحنون في نهر إلى جانب طريق الناس وإلى جانب الطريق أرض لرجل فمال النهر على الطريق فهدمها، قال : إن كان للناس طريق قريب يسلكونها لا ضرر عليهم في ذلك فلا أرى لهم على هذا الرجل طريقاً وإن كان يدخل عليهم ذلك الضرر رأيت أن يأخذ لهم الإمام طريقاً في أرضه يعطيه قيمتها من بيت المال.

تم الكتاب بحمد الله وعونه وتأيده
وصلواته على سيدنا محمد وآله وسلم تسليماً

كتاب القضاء في نفي الضرر

فيما يحدثه الرجل في ملكه مما يضر بجاره
من بناء أو حفر ماء وكوة
ومن أحدث أندرا أو بنى بجوار أندر لغيره
وشبه هذا القول في الضرر القديم

من المجموعة روي أن النبي ﷺ قال «لا ضرر ولا ضرار»⁽¹⁾ قال ابن القاسم فيما يحدثه الرجل في عرصته مما يضر بجيرانه من بناء حمام أو فرن الخبز أو لتسييل الذهب والفضة أو كبير لعمل الحديد أو رحى أو رحبة تضر بالجدار فلهم منعه، قاله مالك في غير شيء من ذلك، وفي الدخان وأرى الثَّور⁽²⁾ خفيفاً، قال أشهب : وما احتفره الرجل في ملكه مما يضر بجاره فليس له ذلك إن كان يجد من ذلك بدءاً ولم يضطر إليه، فأما إن كان به إلى ذلك ضرورة ولم يجد عنه مندوحة فله أن يحتفره في حقه وإن أضّر بجاره لأنه لا يضر به منعه كما أضّر بجاره حفره فهو أولى أن يمنع جاره أن يضر به في منعه له من الحفر في حقه لأنه ماله، وكذلك قال لي فيه مالك، وتقدم هذا في باب حريم البئر.

قال ابن القاسم : وإن فتح في غرفته كوى أو أبواباً أشرف منها على دار جاره أو عياله أو بنى غرماً ففتح فيها ذلك فإنه يُمنع من ذلك، وقاله مالك، وقضى عمر أن يوضع وراء تلك الكوى سرير ويقف عليه رجل فإن نظر إلى ما في دار

(1) سبق تخريجه من مسند الإمام أحمد فيما أسنده لعبد الله بن عباس رضي الله عنهما.

(2) الثَّور : الذي يغيز فيه.

جاره مُنِعَ منه وما كان من ذلك لا يضرُّ به لم يُمنع، قال مالك : فإذا كان يتناوله بالنظر مُنِعَ وأما ما رُفِعَ من البناء فمَنع جاره من الشمس ومهب الرياح فقال / فلا يُمنع من هذا، وقاله ابن نافع وأشهب عن مالك، وقال هذا جداره في جهة الغرب وهذا في جهة الشرق. ففي طلوع الشمس يمنع هذا جاره منها بنيانه وعند غروبها يمنع الآخر جاره فلا حجة لهما في هذا.

وفي كتاب البنيان وكذلك روى ابن القاسم عن مالك قال ابن كنانة إلا أن يكون إنما يرفع بناءه لِيُضِرَّ جاره في شمس يمنعه منفعتها أو لضرورة يدخلها عليه ولا نفع له هو في بنائه فإنه يمنع من هذا.

قال ابن القاسم : وإن كانت له كوة قديمة تضر بجاره لم أمنعه من القديم. قال سحنون وسأل حبيب سحنوناً عَمَّنْ فتح كوة في غرفة يرى منها ما في دار جاره فقضى عليه بسدها فطلب أن يسدّها من خلف بابها قال : ليس ذلك له ولْيَقْلَعِ الباب ويسده فترك الباب يوجب له حيازة بعد اليوم يشهدون له أنهم يعرفون هذا الباب منذ سنين كثيرة فيصير حيازة فلا بد أن يُقْلَعَ.

قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون فيمن بنى على شرف يطل منه على مورد القرية على قدر غُلَّةٍ⁽¹⁾ أو غلوتين فإن كان ذلك فعليه فتح بابها إلى المورد أو كوة فتحها وشبه ذلك مُنِعَ، فإن كان لإشراف مكانه فقط لم يُمنع وإن وجد عنده مندوحة، قالوا : وإن كان يطل من بنيانه على دور جيرانه فلا يُمنع هذا إذا كان من ذلك الشرف على دورهم قبل هذا البناء، وقاله أصبغ.

وقال مطرف وابن الماجشون في الرجل يكون له أرض لاصقة بأندر رجل فأراد أن يبني فيها بناء وذلك يقطع الريح عن الأندر ويُطِيلُ نفعه فقالوا / :¹⁵¹ لا يُمنع من ذلك لأن الأندر نفعه تنصرف منافعها إلى غيره، ذلك ولو منعته من هذا كنتُ مضراً به، وقال مثله أصبغ.

(1) الغُلَّةُ مقدار رمية السهم وفي حديث ابن عمر بينه وبين الطريق غلوة وهي مأخوذة من قولهم غلا السهم نفسه ارتفع في ذهابه وجاوز المدى وكذلك الحجر والجمع غلوات وغللاء.

قال ابن عبدوس قال بعض أصحابنا وهو في العتبية⁽¹⁾ من رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم قال في الكتابين إنه يُمنع مما يضر بجاره في قطع مرافق الأندر⁽²⁾ الذي قد تقدم نفع صاحبه به فالأندر عندنا كالأفنية لا يجوز لأحد التضييق فيها ولا قطع منافعها، قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون : ومن أحدث أندرا إلى جانب جنان رجل وهو يضر به في تذريرة⁽³⁾ التبن قال : يُمنع عن ذلك وهذا كمن أحدث إلى جانب جاره فرناً أو حماما فيضر بمن جاوره دخانه إلا أن يأذن في ذلك كل من يصل إليه أذاه فذلك له، قالوا : وأما الغسال والضراب يؤذي جاره وقع ضربهما ! قالوا : لا يُمنعان من هذا، وأما الدباغ يؤذي جيرانه ريح دباغه وتنته فهذا يُمنع من ذلك كالفرن والحمام يحدثه، قالوا : ولو أحدث جناناً إلى جانب الأندر وتين الأندر يضر به فذلك سواء ويُمنع صاحب الأندر من الضرر كما كان له أن يمنعه قبل البناء وقوع التبن في أرضه فذلك له بعد البناء.

ومن العتبية⁽⁴⁾ قال سحنون في الأندر بيني رجل إلى جانبه بناء يكتنه من الريح ويضر برب الأندر، فإن كان الأندر قبل البنين فلا يغيره الأندر عن حاله وللباني أن يبنى ولا يمنع لما ذكرت من أنه يستره عن الريح كما لا يُمنع من رفع بنائه فممنع جاره من ضوء الشمس وهبوب الرياح. وإن كان البنين قبل الأندر ثم أحدث هذا الأندر فأضر بالذي بنى وصار التبن يقع في داره أو كان جناناً أو/ 151 مبقلة فليس لرب الأندر أن يحدث أندرا إذا كان يضر به كما ذكرت ثم ذكر مثل ما ذكر مطرف وابن الماجشون.

(1) البيان والتحصيل، 9 : 261.

(2) الأندر : البيدر وهو المكان الذي تداس فيه الحبوب والجمع أنادر.

(3) التذريرة هنا من ذرت الريح التراب أو التبن أطارته وفرقه ويقال أيضا ذرى الفلاح الحنطة إذا نقاها في الريح.

(4) البيان والتحصيل، 9 : 261.

قال : وَيُمنَعُ من ذلك بالقضاء، ولو أن أندر الرجل بجوار أندر الآخر فنصب فيه قشاقرة⁽¹⁾ يريد حال الزرع فاشتكى جاره أن القشاقرة تمتعها الريح وطلب أن يزيلها قال : ليس ذلك له، وقال ابن نافع : الأندر ليس لمن في جواره أن يُحْدِثَ بنياناً يضر بصاحب الأندر وَلْيُنَحَّ ذلك إلى مكان يرتفع به الضرر عن الأندر وسواء احتاج إلى البنيان أو لم يحتج.

وقد قال النبي ﷺ : لا ضرر ولا ضرار⁽²⁾. قال العتبي : وقد قال سحنون مثل هذا الأول إنه يُمنَعُ أن يبنى من ناحية الريح، وهو خلاف قول الأول، وهو أحسن.

ومن كتاب ابن سحنون وكتب شجرة إلى سحنون فيمن احتقر في داره بئراً ثم بنى جاره إلى جانب البئر حائطاً فتهورت البئر فقال الذي بنى : تهوّر البئر يضر بمحاططي، قال : فليعدها كما كانت وينفي عنه الضرر، وعَمَّنْ تهوّرَتْ بئره فقام رجل فقال أخاف أن يسقط مسكني وهو بقرب البئر، قال : إن عُرِفَ أن ذلك مخوفٌ مُنِعَ أن يُضِرَّ به، قيل : فإن كان رب البئر عديماً ؟ قال : يُؤْمَرُ أن يبيع ممن يصلح.

وسأله حبيب عن قناة في حائط رجل قديمة وهي مضرة لجاره فقام عليه فقال : لا يغير القديم وإن أضر بجاره، وسأله سائل عن أفران توقد للفخار بين الدور منها القديم والمحدث فرمما شكاً جيرانها أذى دخانها وربما أمسكوا فكتب إليه القديم منها لا يعرض له، وروى يوسف بن يحيى عن ابن مَدَيْنَ أن ما كان من الضرر يبقى على حال واحدة لا يزيد كفتح / الأبواب والكوى وشبهه فإنه يستحقه من أحدثه بطول الزمن وما كان مما يحدثه فيمسك عن جاره ثم يقوم عليه بعد زمان فإن ما كان ضرورة بينة لا تحاز بطول الزمان، من ذلك الكنيف يحدثه

152 و

(1) في كتاب الجدار لعيسى بن موسى التطيلي الذي حققه الدكتور إبراهيم بن محمد الفائز عضو هيئة التدريس في كلية الشريعة بالرياض وردت هذه الكلمة بالفاء قبل الشين لا بالقاف أي على شكل فشاقرة (انظر : الكتاب في طبعته الأول عام 1996، ص. 203).

(2) سبق تخريجه من مسند الإمام أحمد.

فإذا شكّا جاره الضرر به بعد طول الزمان فله أن يغير لأن الكنيف يوهن ما يليه عاماً بعد عام وكذلك ما يفتح لمستنقع المياه لأن ذلك كلما طال أضر بطوله لما يدخل من الرطوبة والبلّة في بناء جاره، وكذلك الدباغ لأن ضرره يتزايد بطول المدة.

ومن المجموعة قال ابن كنانة فيمن له قطعة من أرض في فحص والقرية منها نائية فأراد أن يبني في عرصته تلك وقال الذين حوله لا يبني فيها فإنك تضر بزرعنا قال : لا يُمنع أن يبني ما شاء إذا كان له مخرج إلى الطريق في أرضه.

وقال فيمن أراد أن يبني بيتاً أو مسجداً في قرية أو مدينة فمنعه جيرانه وقالوا يضر ذلك بنا وعسى أن يكون ذلك عند موردهم قال : لا يُمنع أن يبني في أرضه ما أحب. قال ابن سحنون وسأل حبيب صاحب المظالم سحنوناً عن دارين بينهما زقاق مسلوكة وفي أحدهما كوة يُرى منها ما في الدار الأخرى فبني الذي ليس في داره كوة غرفة قبالة الكوة وفتح كوة قبالة الكوة يرى منها ما في غرفة الأول إذا فُتحت فطلب الأول سد الحديثة فقال له الآخر وسد أنت القديمة فأبني إنما سكّتها خمس سنين أو أربعاً⁽¹⁾ على حسن الجوار وقد نظر ذلك من أمرته فقال يرى من كل كوة ما في غرفة الآخر قال : يحلف صاحب الكوة الحديثة أنه ما ترك القديمة في هذه المدة إلا على حسن الجوار غير تارك / لحقه ثم يسد بعضهما على بعض إن شاء.

152 ط

ومن كتاب البنّان مما حدثنا به أبو بكر بن محمد عن يحيى عون عن عون ابن يوسف عن عبد الله بن عبد الحكم عن ابن القاسم قال : ومن بنى داراً يفتح فيها كوى فمنعه جيرانه فإن كانت من كوى الضوء لا يتشرف منها ولا يتطلع لاصقه بالسقوف أو تقاربها فليس لهم منعك وأما ما يتشرف منها عليهم ويتطلع فإنك تمنع من ذلك.

(1) في الأصل أو أربعة.

قال ابن وهب عن مالك : وليس له أن يفتح كوة في جداره أو سطحه يتطلع منها على جاره ولا يكلف الأسفل أن يطيل بنيانه حتى لا يراه الآخر إلا أن يكون صاحب الكوة أراد منها الروح ولا يطلع منها على جاره، قال يعني ابن القاسم : وإذا فتحت عليه كوة فلم يكن له منعك فطلب أن يبنى في حقه ما يسدها به فذلك له كما لا يمنع أحدهما الآخر أن يرفع بناءه حيث شاء وإن ستر به الريح والشمس وإن سد الضوء.

ومن كتاب ابن حبيب قال ابن الماجشون : ومن له غرفة يطل منها ومن كواها على جاره قال : إن بُنيت الغرفة وأُخذت كواها قبل أن تُبنى الدار التي تطل عليها لم يُمنع رب الغرفة فيما جاز منفعته وسبق إليه وقيل للآخر استر على نفسك، وإن كانت الغرفة أو الكوى هي المحدثه مُنِعَ صاحبها وأمر أن يستر باب غرفته وكواه أو يجعل أمام ذلك ما يستره حتى يوارىها، ولو كان يوم بنى هذه الغرفة واتخذ الكوى دار الآخر قائمة فقام عليه، قال وهذا يضر بي إذا بنيت فلا حاجة له بذلك قبل أن يبنى ولا يعود إلى ذلك بعد أن يبنى وهو / منفعة سبق إليها الآخر وحازها فلا يُمنع.

153

وقال مطرف : له أن يمنعه قبل أن يبنى ويعد أن يبنى لأنه حق يذب عنه مما يضر به إذا بنى ولو ترك أن يمنعه قبل أن يبنى كان له أن يمنعه إذا بنى ولا يكون تركه قبل أن يبنى عليه حجة إلا أن يكون صاحب الغرفة اشتراها على ذلك فليس لهذا منعه وإنما له منعه عند الإحداث لها أو برفقة يفتحها على أنه متى شاء منعه فيجوز ذلك بينهما.

وقال أصبغ وابن حبيب مثل قول مطرف وابن الماجشون فيمن باع داره وقد أحدث عليه جاره كوة أو مجرى ماء أو غيره من وجوه الضرر والذي كان له فيه القيام فلم يقم عليه حتى باعها فليس للمشتري أن يقوم في ذلك ولو كان البائع قد قام في ذلك وخاصم فلم يتم له الحكم حتى باع للمشتري أن يقوم ويحل محله، وقاله أصبغ.

قال، ابن سحنون وسأل حبيب سحنوناً عمن بنى مسجداً على ظهر حوانيت له وجعل له سطحها فكل من صار في السطح يرى ما في دار رجل إلى جانبه فتقام عليه بذلك قال : يُجْبَرُ باني المسجد على أن يستتر على سقف المسجد ويُمْنَع الناس الصلاة في المسجد حتى يستتر هذا جاره.

وسأله عمن قام على جاره فقال له : الحائط الذي بين داري ودارك كان لك على سترة تسترني فأزلتها فقال الآخر : الحائط لي ولم يكن عليه سترة فأقى المدعي بيينة شهدت أنهم رأوا على هذا الحائط سترة ارتفاعها كذا وكذا ولا يدرون لمن هي ولم نرها عليه الآن، قال : يُقال لرب الحائط إن سماء الحائط لك فأعد السترة إن ادعيتها / ويحتمل أن يكون سماؤها لصاحبك والبينة قد شهدت بإثبات السترة فأمّا أن تبنيها وهي لك وإلا قيل للآخر ابنها وهي لك.

وقال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون : ومن صعد إلى الشجرة يجنيها فيرى منها ما في دار جاره فلا يُمنع من هذا ولكن لا يؤذي جاره بصعوده، وإن كانت في وسط داره وهي قديمة أو حديثة فخلاف الغرفة، وقاله أصبغ. وروى عبد الملك بن الحسن في العتبية⁽¹⁾ عن ابن وهب نحوه وهو في باب آخر.

في إحداث العساكر⁽²⁾ والرواشن⁽³⁾ والأبواب في السكك والروائع⁽⁴⁾ والشوارع أو يفتح بابا في حائط هو بينه وبين آخر

من العتبية⁽⁵⁾ قال سحنون فيمن له دار عن يمين الطريق ودار عن يسارها متقابلتين فأراد أن يبنى على جداري داريه ساباطاً يتخذ عليه غرفة أو مجلساً

(1) البيان والتحصيل، 9 : 408.

(2) العساكر جمع عسكر وهو الإخراج المعمول على الحائط في الطريق ويقال له الجناح أيضاً.

(3) الرواشن جمع رؤشن وهو الكوة.

(4) الروائع جمع رائغة وهي الطريق المائلة وفي حديث الأحنف فعدلت إلى رائغة من روائع المدينة أي طريق

يعدل ويميل عن الطريق الأعظم ذكر ذلك ابن منظور في لسان العرب.

(5) البيان والتحصيل، 9 : 298.

فذلك له ولا يُمنع من هذا أحد وإنما يُمنع من تضيق السكة وأما ما لا ضرر فيه على السكة فلا يُمنع.

من المجموعة قال ابن القاسم قال مالك : لا بأس بإخراج العساكر والأجنحة على الحيطان إلى طرق المسلمين.

قال ابن القاسم وهو يعمل بالمدينة فلا ينكرونها فاشترى مالك دارا لها عسكر قال مالك في جناح يخرج في الطريق فسقط على رجل فمات فقال مالك : لا شيء بجلي من بناء. قيل له : فأهل العراق يضمنونه وقالوا لأنه جعله حيث لا يجوز له فأنكر قولهم. قال : ومن أخرج حتى جاء أسفل الجدار حيث يضر بأهل الطريق مُنِعَ من ذلك.

وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب / فيمن داره لاصقة بسكة نافذة 154 أو غير نافذة فطلب أن يحول باب داره من موضعه إلى موضع آخر من داره هو أرفق به فمنعه جاره الذي يلي داره وقال : بين بابي وبابك مجلس لي ومربط لدابتك ومنزل لأحمالي وأنا في ستره إن فتحت بابي فإذا أدتيت بابك مني زال عني هذا، وقال الآخر إنما أفتح في جداري فلا حجة لك علي. قال : إن كانت السكة غير نافذة وقد فتح بابا قبالة باب جاره حتى يكون الداخل والخارج ومن خلف الباب يُعَيِّنُهُ أو كان الفتح قريباً من جاره⁽¹⁾ وكان مضراً به ضرراً يَبِينُ يُعْرَفُ فَلْيُمْنَعْ منه، وإن كانت طريقاً سالكة وسكة واسعة حتى يكون هو وغيره من المارة في الفتح في داره والمرور بها والنظر سواء ولا يضر به في غير ذلك لم يُمنع من الفتح.

وذكر ابن القاسم في المجموعة نحوه وإنه إن كانت السكة نافذة فليفتح ما شاء ويحول باب به حيث شاء، وقال أشهب : إن كان تقديم الباب يضر بجاره على ما وصفت فليس ذلك له، فأما إن قدمه تقدماً يكون فيما بقي لا يقطع عنه المرفق الذي يتسع وليس بمضطر إلى أكثر منه فليس له أن يمنعه إذ سدَّ الباب الأول

(1) في ص، من داره.

وهذا في رُقَاقٍ غير نافذ، فأما في سكة مسلوكة نافذة فله أن يفتح ما شاء من الأبواب في جُدُرِهِ ويقدم ما شاء من أبوابه.

قال ابن وهب : ولو فتح حوانيت في جداره إلى سكة من سكك الناس ولرجل دارٌ يقابل بابها تلك الحوانيت فشكا ضرورة ذلك، قال : فذلك على ما ذكرتُ لك في السكة النافذة، وقال أشهب : إن كانت نافذة فله أن يفتح ما شاء ويعمل / ما أحب.

154 ظ

ومن المجموعة قيل لابن كنانة : فهل يفتح رجل باب داره قبالة باب دار رجل قال : إن لم يضر بالرجل لم يُمنع ما لا يضر بأحد فيه، قال ابن سحنون وسأل حبيب سحنوناً عن الطريق الشارع يفتح فيه رجل باب دار لم يكن له قبالة باب رجل قال : يُمنع من ذلك وينكب عنه، قيل : قَدَّر ذراع أو ذراعين قال : بقدر ما يَرَى أن يُزال به الضرر عن الذي في قبالته.

ومن كتاب البيان الذي ذكرنا فيه رواية عون قال ابن القاسم : ليس لك في الرقاق غير نافذ أن تفتح باباً أو تقدمه، قيل له : فهل له أن يفتح في الطريق النافذة باباً قبالة باب آخر متنجساً عنه ؟ قال : له أن يفتح فيها ما شاء ما لم يكن ضرراً بيناً فيُمنع.

قال أشهب عن مالك في المجموعة في رقاق غير نافذ فيه رجلان أحدهما باباً على فم الرقاق والآخر باباً في أقصاه فطلب القاضي أن يقوم باباً في بناء نفسه قال : إن أضر ذلك بصاحبه فليس له ذلك، الناس يُقبِلُون ويُدْبِرُونَ والسرقة يكون في مثل هذا.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فيمن بنى داره ففتح بابها قبالة باب جاره فمنعه فإن كان ذلك مُضِيراً لجاره مثال أن يكون ليس له مصرف ولا مدخل ومخرج⁽²⁾ إلا بالنظر في منزله والتطلع على عياله مُنِعَ من فتحه،

(1) البيان والتحصيل، 9 : 399.

(2) في النسخة الأصلية هكذا وفي ص، ليس له مصرفاً إلخ وهو خطأ واضح.

وإن كان ليس كذلك إنما يبقى أن يتطلع إليه منه لم يُمنع وقيل للآخر استر على نفسك أو يعلم ما قلت من تطلعه فيزجر وإن عاد أدب بعد التقدمة وهذا بمنزلة ظهر السطح أو بناء يرفعه عليه فيقول نخشى أن يتطلع منه أو كوة يفتحها للضوء فيقول هذا / نخشى أن يتطلع فليس له في هذا حجة، قال أشهب : إن كان يناله المار فليُمنع حتى يرفع بقدر ما لا يناله النظر من المار ثم إن تطلع منه لغير حاجة مُنِع.

قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون : ولا يُمنع أحد من إخراج العساكر والوقوف على الطريق ما لم يُضِرَّ ذلك بأحد، وقاله أصبغ. ومن المجموعة قال ابن القاسم وأشهب في دار في دار فالداخله لقوم والخارجة لآخرين فلاهل الداخله الممر في الخارجة فإذا أراد أهل الخارجة تضيق باب الدار وتحوله قالوا : ليس لهم تضيقه، قال أشهب : لأنه جزاء لجميعهم، ولو سرق الباب لزم أهل الخارجة أن يجعلوا عليها بابا بالقضاء وإن أرادوا تحوله وكان تحوله إلى موضع هو مثل الأول في الممر والقرب في خواء يحميمهم ليس بين ذلك اختلاف في أمر يُعرف له وجه فذلك لهم وإلا فلا يفعلوا ذلك إلا بإذن أهل الداخله، وقال ابن القاسم نحوه، قال سحنون : ليس هذا أصلهم وليس لهم تغيير باب الدار إلا برضاء أهل الداخله، ألا ترى أن حديث محمد ابن سلمة لم يأخذ به مالك.

وسأل حبيب سحنوناً عن درب كبير غير نافذ هو مثل زنقة غير نافذة ؟ قال : نعم، قيل فإن كان فيه زنقة في ناحية منه غير نافذة وللرجل في أقصاها باب فأراد أن يقدمه إلى طرف الزنقة فمنعه أهل الدرب ؟ قال : لهم أن يمنعه ولا يحركه من موضعه إلا برضاء جميع أهل الدرب، وكتب إليه شجرة في دار عظمى بين رجلين يسكن كل واحد في نصفها وبين مسكنيهما زقاق يخرج فيه أحدهما فأراد الآخر أن يفتح فيه باباً يخرج منه فمنعه / شريكه ولهما باب يخرجان منه جميعاً فقال : الباب بينها مشاع وإنما سكنا على التهايب⁽¹⁾ ولا يُفتح في الشارع باب

(1) في ص، على النهاية محققة من التهايب وهما معا منسجمان مع المعنى جاء في المصباح المنير للفيومي ما يأتي : هاباً القوم هابوا من الهيئة جعلوا لكل واحد هيئة معلومة والمراد النوبة وهاباته مهابة وقد تبدل للتخفيف فيقال هابته مهابة.

إلا باجتماعهما، قال يوسف بن يحيى في الدرب التي ليست بنافذة والروائع التي لا تنفذ، ذلك كله مشترك منفعه بين ساكنيه، قال : ليس لهم أن يحدثوا في ظاهر انزقاق ولا باطنه حدثا إلا باجتماعهما في فتح باب أو إخراج عساكر أو حفرة يحفرها ويوارها.

جامع القول في الألفية والطرق وذكر ما يحدث فيها أو ينقص منها وهل تُقسَّم وغير ذلك مما يشبهه والنداعي في الطريق

من المجموعة والواضحة روى ابن وهب أن النبي عليه السلام قال «من اقتطع من طريق المسلمين أو أفنيتهم شبرا من الأرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين»⁽¹⁾ وقضى عمر بالألفية لأرباب الدور، قال ابن حبيب : «وتفسير هذا يعني بالانتفاع للمجالس والمرايط والمساطب وجلس الباعة فيها للبياعات»⁽²⁾ الخفيفة في الألفية وليس بأن يحازر بالبنيان والتحسين وقاله لي مَنْ أَرْضَى من أهل العلم «قد مر عمر بكير حداد في السوق فأمر به فهْدِمَ وقال : يُضَيِّقُونَ على الناس السوق.

ومن المجموعة روى ابن وهب عن ابن سمعان أن من أدرك من العلماء قالوا في الطريق يريد أهلها بنیان عرصتها أن أهلها الذين هم أقرب الناس منها يقتطعونها بالحصص على قدر ما شرعوا فيها من رباعهم فيُعْطَى صاحب الربعة الواسعة بقدر ما شرع فيها من ربعة، / وصاحب الصغرة بقدرها فيتركون لطريق

156 ر

(1) جاء في مسند الإمام أحمد ابن حنبل عن أبي هريرة باللفظ الآتي : من اقتطع شبرا من الأرض بغير حقه طوقه الله يوم القيامة إلى سبع أرضين.

(2) البياعات : يراد بها السلع التي تُبَاعُ في الطرق ولا تُضَرُّ بها مثل السلع الموجودة عند بعض البائعين المتجولين الذين يجعلونها في بعض الحقائق أو المحاميل غير المضرة بالمارين.

المسلمين ثمانية أذرع، ورُوِيَ أن النبي ﷺ قال : إذا اختلف الناس في الطريق فحلَّها سبعة أذرع⁽¹⁾.

قال ابن حبيب قال أصبغ : وقضى عمر بالأفنية لأرباب الدور فالأفنية دَوْرُ الدور كلها مقبلها ومدبرها ينتفعون بها ما لم يُضَيَّق طريقاً أو يمنع مارة أو يَضُرَّ بالمسلمين، فإذا كان لهم الإنتفاع بغير ضرورة حموه إن شأؤوا فإذا كان لهم أن يحموه فابتناه منهم مبنى وأدخله في بنيانه لم يُمَنَّعَ إن كانت الطريق وراءه واسعة لا يضيق بوجه من الوجوه، وأكرهه له ابتداء مخافة الإثم عليه فإن فعل لم أحكِّمْ عليه بزواله وقال لي أشهب مثل ذلك وروى عن مالك أنه كرهه، وقال مطرف وابن الماجشون : لا يكون له أن ينتقص الفناء والطرق ولا يدخله في بنائه وإن كانت خلفه صحراء واحتجَّ بالحديث فيمن اقتطع من الطريق شيئاً.

ومن المجموعة قال ابن وهب قال ربيعة فيمن بنى مسجداً من طائفة داره فلا يتزيد فيه من الطريق، وقال مالك : إن كان لا يضر بطريق للناس فلا بأس بذلك.

ومن العتبية⁽²⁾ قال ابن القاسم عن مالك في الأفنية التي تكون في الطرق أن يكرهها أهلها؟ قال : أما البناء الضيق إذا وُضِعَ فيه شيء أضر بالناس في طريقهم فليُمنَّع من ذلك، وأما كلُّ بناء إن انتفع به أهله لم يُضَيَّق على المسلمين شيئاً لسعته فلا بأس بذلك.

(1) رواد البخاري عن أبي هريرة باللفظ التالي : قضى النبي إذا تشاجروا في الطريق المِيتاء بسبعة أذرع في المظالم باب إذا اختلفوا في الطريق المِيتاء والميتاء قيل أعظم الطرق وهي التي يكثر مرور الناس بها وقيل الواسعة وقيل العامة ورواه مسلم عن أبي هريرة في المساقاة بلفظ : إذا اختلفتم في الطريق جعل عرضه سبع أذرع.

(2) البيان والتحصيل، 9 : 405.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال ابن القاسم عن مالك في الأفنية قال النبي عليه السلام
«لا ضرر ولا ضرار»⁽²⁾ وروى ابن القاسم عن مالك في / الرجل يبنى داره فيريد
أن يدخل فيها من الفناء الواسع، قال : ما يعجبني ذلك، وقال عن مالك فيمن له
داران في رحبة واحدة والمارة بها فيرتفقون بفناء الرحبة إذا ضاق الطريق فأراد،
صاحب الفناء أن يجعله باباً ويدخله إليه ولم يكن على الرحبة، قال : ليس ذلك
له.

ومن المجموعة وقال ابن كنانة : ليس لأحد أن يزيد من الطرق والأفنية في
المدائن والقرى في بئانه ولا أن يعمل فيها حائوتاً إلا أن يزيد شيئاً يسيراً لا يضر فيه
بأحد ويترك الناس من سعة الأزقة والطرق بقدر ما يمر فيه أوسع شيء يمر فيها مما
تجري به منافع الناس.

ومن كتاب ابن سحنون وسأل حبيب [سحنوناً]⁽³⁾ فيمن أدخل في داره من
زقاق المسلمين النافذ شيئاً فلا تشهد به البيعة⁽⁴⁾ إلا بعد عشرين سنة قال : إذا
صحت البيعة فليرد ذلك إلى الزقاق ولا تحاُز الأزقة. قال أبو محمد : وأعرف في
موضع آخر أن شيئاً يبنى مما فيه الضرر البين على الطريق ولا عذر للبيعة في ترك
القيام بذلك فهذه جرحة.

قال أبو بكر بن محمد : اختلف أصحابنا فيمن يزيد في بنيانه من الفناء
الواسع لا يضر فيه بأحد فروى ابن وهب عن مالك : أنه ليس له ذلك وقال عنه
ابن القاسم ما يعجبني ذلك وقال مطرف وابن الماجشون ليس له ذلك وبه أخذ
ابن حبيب، قال أصبغ : أكرهه له أن يفعل فإن فعل لم يعرض له.

(1) البيان والتحصيل، 9 : 412.

(2) سبق تخريجه من مسند الإمام أحمد بن حنبل فيما أسنده لعبد الله بن عباس ورواه مالك في الموطأ مرسلًا
عن عمرو بن يحيى عن أبيه عن النبي ﷺ.

(3) ساقطة من الأصل.

(4) كتبت العبارة في ص على الشكل التالي فلا يشهد له الجيران.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب فيمن زاد من طريق المسلمين في داره ذراعاً أو ذراعين فقام عليه جاره الذي يقابله أو غيره وقد بقي الآن في سعة الطريق ثمانية أذرع أو / تسعة قال : يُهْدَمُ، وليتقدّم الإمام في ذلك ألا يزيد أحد من طريق المسلمين شيئاً، وقد هدم عمر كبير حداد بناه في الطريق. وقال أشهب : يهدم، قام عليه جيرانه أو غيرهم، كان في الطريق سعة أو لم يكن، كان ما يزيد مضراً أو لم يكن.

وقال أصبغ عن أشهب في العتبية⁽²⁾ مثل ما ذكر عنه أصبغ في كتاب ابن حبيب فيمن هدم داره وفنائوه واسع فزاد منه فيها أنه لا يعرض له إن كان البناء واسعاً رَحْرَاحاً لا يضر⁽³⁾ الطريق، وقد كرهه مالك وأنا أكرهه بدءاً ولا أقضي عليه بهدمه إذا كان الطريق واسعاً لا يضر شيء منه، قيل لأصبغ فيمن أدخل من الطريق في داره الجرح بذلك قال إن اقتطع ذلك وهو يضر بالطريق وهو يعرف ذلك لا يجمله أو وقف عليه فلم يبال لم تجز شهادته وليهدم ذلك أن أضر جداً، وإن كانت الطريق واسعة جداً وقد أخذ اليسير لا يضر فيه فلا يهدم، وقاله أشهب فيه، وقد نزلتُ وسألته فأفتى فيها بهذا.

ومن المجموعة سُئِلَ سحنون عن طريق الفدادين قال يُنْظَرُ فَإِنْ كَانَ أَمْرًا معروفاً فهو على ذلك وإلا فانظر فإن كان الفدادين يشق منهم إلى حرث فدانته لم يقدر أحد أن يشقه ودار أصحابه من وراء ذلك فليس لأحد على أحد طريق وإن كان إذا حرث أحدهم شقوا حرثه وأخذوا فيه طريقاً مسلوكة قد عرف ذلك فهو على ما عرفوا ليس لأحد أن يغير ذلك.

ومن العتبية⁽⁴⁾ قال سحنون فيمن له أرض فَحَجَرَ عليها وغرسها وكان أهل المنزل وغيرهم يستطرقونها فقاموا عليه في الطريق فأقاموا بينة بأنهم يعرفون فيها /

(1) البيان والتحصيل، 9 : 405.

(2) البيان والتحصيل، 9 : 412.

(3) الرَّحْرَاحُ وَالرَّحْرُحُ : الواسع يقال عيش رحرح ورحراح أي رغد متسع.

(4) البيان والتحصيل، 9 : 297.

طريقاً سلوكاً منذ عشرين سنة وأقام هو بينة أنها طريق محدثة بغير حق فقال
سحنون : هذا كثير ما يختصم فيه أهل المنزل وربما قطعوا الطريق الحرث حتى ربما
تؤتى القرية من غير طريق وربما تساهل الناس في أرضهم لاستبعادهم عن ذلك
فإن ثبت أن هذه الطريق من هذا المعنى فليست بلازمة لرب الأرض إلا أن تكون
الطريق الحاملة التي تُركت من غير وجه ويطول أمرها وينقطع عنها الزرع في
اتساعها وطول زمانها الخمسين سنة والستين فأما الطريق المختصرة فليست بحجة
على صاحبها إذا ثبت له ذلك كما ذكرنا.

قال ابن حبيب عن أصبغ في أرض لرجل في وسط أراضي قوم كان يحرقها
ويدخل إليها على أرض لم تُحرث فأراد أن يبنى فيها بنياناً فمنعه أصحاب الفدادين
الحيطه به وقالوا : تطرق علينا إذا زرنا قال : لا يُمنع من البناء ويُمر إلى أرضه
من حيث كان يمر مرة من هذه الأرض إن لم يزرع ومر على الآخر إذا زُرعت تلك
ويُمنع أن يضرّ بهم في زروعهم، قلت : فإن أراد كل واحد منهم أن يُعلّق على
أرضه بنياناً أو تُحطّر بستان كيف يعمل صاحب الأرض المتوسط قال : يُمنعون
من ذلك حتى يجتمعون على ممر يتركونه له من أرض من شاء منهم وذلك على كل
من كان هذا المتوسط يُختلف على أرضه فإن اختلفوا معه في سعة الممر فطلب
هو ما يحمل ماشيته وجميع حوائجه وأبوا من ذلك فإنه يُحكّم له عليهم بمثل الممر
الذي كان له منهم ومنه قبل البناء على ما كان / يُختلف ببقره على الحرث ونقل
الزرع وماشيته إن كان يدخلها أرضه لرعي كلّها وإن لم يكن يختلف إليها
بالماشية لم يكن عليهم أن يتركوا له ممر الماشية، وكذلك إن أراد هو وحده البنيان
دونهم ولم يريدوا هم أن يبنوا واحتاج هو من المنافع في الدخول والخروج إلى أكثر
مما يحتاج له أولاً إذا كان يختلف للحرث فقط فإنه يُمنع من البنيان لأن هذا
استحقاق لأكثر من حقه، وقال ابن القاسم مثله كله.

قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون فيمن بنى أبرجاً في الطريق
ملاصقة بداره فليس ذلك له أن ينقص الطريق وإن كان مانعاً منها واسعاً وليهدم
ما بناه قالوا : وما حفر بلسق جداره من الكُنف فإن واراها وغطّاها وأتقن غطاءها

فلا بأس بذلك إذا ساواها بالطريق حتى لا يضر ذلك بأحد وما كان من ذلك ضرر مُنْع منه، وقاله أصبغ وقال في الأبرجة إذا كان ما بقي من الطريق واسعاً فلا تُهْدَم لأن للناس الارتفاق بأفئدتهم من غير ضرر.

قال ابن سحنون وسأل حبيب سحنوناً عن يحد في طرق المسلمين من الكُف والحمامات وغيرها ويطول فيه الزمان نحو عشرين سنة وأكثر لا يُرْفَع إلى الحاكم قال : لا حيازة في طرق المسلمين بخلاف حيازة بعض الناس على بعض إلا أن يتناول أمر هذه القناة بمثل الستين سنة ونحوها فيترك أو لا يعلم بأي معنى وضع ذلك ومن بنى على باب داره في السكة دكاناً وهي لا تضر بالزقاق غير أنها قبالة دار رجل وهي تضر به لأنه يقعد عليها / ويقعد ناس فقال : يُمنع من بنائها إذا كانت تضر بالآخر.

قال ابن عبدوس قال سحنون فيما يُحدِّث الناس من آبار الكُف في الألفية في الطريق قال إنما ينبغي أن تكون الحيطان إلى داخل الدور فيُخرج منها إلى الطريق قدر ما يدخله منه القلة فيستقي بها وكان يكره غير ذلك ويراه من الضرر البين.

قال ابن سحنون وكتب شجرة إلى سحنون يسأله عن حوانيت في شرق الجامع وأحسبها صافية وبين يديها سقائف على عمد لاصقة بالطريق والناس يسلكون تحتها وهي نافذة وبين يدي الحوانيت دكاكين والطريق بين الدكاكين وبين العمد فأراد أهل الحوانيت قطع الطريق بالبناء أو أراد كل واحد أن يجعل حائطاً من حائطه إلى العمد من الجانبين ليدخل إليه من العمد فكتب إليه : ليس لهم قطع الطريق ببناء في هذه السقائف ولا في حانوت منها إن كره ذلك أهل الحوانيت، وكذلك لو لم يكن هذا الجنب أصلاً.

وكتب إليه في حوانيت على هذه الصفة مملوكة فأراد أهلها سد الطريق من السقائف واتخذوا دكاكين أمام العمد نصبوا عليها ركائز فكتب إليه تُردُّ على حالها ويُمنع من تضيق الطريق، وأما هذه الحوانيت فهي لأهلها وهم إذا قطعوا هذه

الطريق تزيدوا أمام السواري ما يضر بالطريق فليس ذلك لهم وإنما موضع السواري فناؤهم ومدخل الناس إليهم فإذا فعلوا ما ذكرت وزادوا بناءً من الطريق فإنما الذي بين يدي هذه الحوانيت أفنية سَقَفَتْ والأفنية لا تُقَسَّمُ / وهي كذلك قديمة فتبقى على حالها، وأما ما أرادوا من منع أهل البادية أن يلبثوا بدوابهم تحت تلك السقائف فلهم ذلك لضرر الدواب وأزايها، وأما حوانيت مال الله فلا تُعَيَّرُ عن حالها. وكتب إليه فيمن رفع إلى الحاكم أن رجلاً غائباً يومئذ اقتطع طريقاً للمسلمين وأقام بذلك بينة أنهم يعرفونها طريقاً للمسلمين مسلوكة منذ عرفوها فكتب إليه إنما يقطع هذه الشهادة العامة وما كثر من الناس وإن كان المدعي قريب الغيبة أَحْضَرَهُ وَأَسْمَعَ مِنْهُ.

قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون : لم يكن مالك يجيز قسمة الفناء والمباح فيكون أمام دور القوم عن جانب الطريق وإن اجتمعوا ورضوا بذلك لأنه مما للناس من عامة، فيه المنفعة، ربما ضاق الطريق بأهله وبالدواب فيميل الراكب أو الرجل وصاحب الحمل عن الطريق إلى تلك الأفنية والرحاب التي على الأبواب فيتسع فيها وليس لأهلها تغييرها عن حالها، وقال أصبغ، أكره لهم ذلك ابتداء فإذا فعلوا مضى ذلك لهم لأنهم أحق به من غيرهم وإنما للناس فيه المنفعة في بعض الأحيان فلهم قطع تلك المنفعة، وأنكر ابن حبيب قول أصبغ ولم يأخذ به.

فيمن له ممر أو طريق في أرض رجل
كيف العمل فيه وكيف إن أراد تحويله
في أرض الرجل أو يجري الماء في أرض آخر
وفي طريق لرجل وللمسلمين هل يُحوَّلُ ؟
والقضاء بالمرفق في غرز الخشب وغيرها

من المجموعة روى ابن نافع قال في غيرها وأشهب عن مالك فيما رُوي من المرفق / بغرز الخشب لا يمنع ذلك جاره. إن ذلك من النبي ﷺ على الوصية

بالجار والترغيب في ذلك ولا يقضي به، وقد كان ابن المطلب يقضي به عندنا وما أراه إلا دلالة على المعروف وإنني منه لفي شك، وقال عنه ابن القاسم : لا يقضي به وإنما هو على المعروف، وقال عنه فيمن له حائط هل لجاره أن يبنى عليه سترَةً ؟ قال : لا إلا بإذنه.

قال ابن القاسم عن مالك في رجل له ماء وراء أرضي وله أرض دون أرضي فأراد أن يجري ماءه إلى أرضه في أرضي قال مالك : فليس ذلك له، قال : ولو كان له مجرى في أرضك أو دارك فأراد أن يحوله إلى موضع آخر من أرضك هو أقرب إلى أرضه لم يكن له ذلك ولم يأخذ بما رُوِيَ عن عمر في ذلك. قال عنه أشهب : كان يقال يُسْتَحْدَثُ للناس أقضيه بقدر ما يحدثون من الفجور قال مالك وأحدثه من يوثق برأيه ولو كان الشأن معتدلاً في أزمنتنا هذه كما عند الذي في زمن عمر رأيت أن يُقْضَى له بإجراء مائه في أرضك لأنك تشرب به أولاً وآخراً ولا يضرّك ولكن فسد الناس واستحقوا التهم ويتخاف أن يطول الزمن ويُنْسَى ما كان عليه جري الماء وقد يدعي جارك عليك به دعوى في أرضك. وقال ابن كنانة نحوه لا يقضي بحديث الضحاك بن خليفة لأن الناس قد فسدوا.

ومن كتاب آخر روى زياد شبطون عن مالك في مثل ربيع عبد الرحمن بن عوف الذي كان له في أرض جد عمرو بن يحيى المازنيّ فأراد تحويله في أرضه إلى مكان هو أقرب إلى أرض عبد الرحمن فأبى عليه رب الأرض فقضى عليه عمر / أن يجريه، وفي حديث الضحاك بن خليفة الذي أراد أن يمرّ به في أرض محمد بن سلمة فمنعه فقضى عليه عمر أن يمرّ به فيها.

قال مالك وفي رواية زياد أنه إن لم يضر به فليقضى بمروره في أرضه وإن أضر به فليُمنع من ذلك، قال : والربيع هو الساقية، قال ابن نافع : وهذا فيما يُراد تحويله فأما ما يُتَّهَدُ عمله فليس ذلك.

قيل لأشهب : فلو أن لي أرضاً إلى جانبها أرضٌ لغيري ولي خلف أرضه عينٌ وليس لي إليها ممرٌ إلا في أرضه فمنعني الممر إليها قال : إن كانت أرض جارك

أُخِيَّتْ بعد إحيائك العينَ وأرضك فلك الممرُّ في أرضه وأن تجري ماءك فيها إلى أرضك بالقضاء، وإن كانت أرضه كانت قبل عينك وقبل أرضك فليس لك في أرضه ممرٌّ إلى عينك ولا لعينك ممرٌّ في أرضه إلى أرضك.

قال أشهب عن مالك فيمن مات عن أرض كانت عفاءً لا غرس فيها ولا ماء فاقسمها الورثة وباعوا وغرسها المشترون فمنهم من اشترى ماء فساقه ومنهم من اكتراه وأمنحه فأقاموا بذلك نحو أربعين سنة حتى عَمِيَ ذلك عليهم ثم باع بعضهم حقّه فقال المشتري لمن يمر منهم بمائه عليه لا أدعك تمر به وقال الذي يمر بمائه هذا الماء لم يزل هكذا منذ أربعين سنة، قال مالك : أرى أن يدعوهم القاضي بأصل القسم فيحملهم عليه وإن لم يكن إلا ما هو عليه أقروا على ذلك ولم يكن له أن يمنعه.

قال ابن القاسم عن مالك في دار بين رجلين اقتسماها ولرجل إلى جنب أحد النصيبين دار بابها إلى الطريق الآخر فاشترى هذا الرجل النصيب الذي يلاحقه / ففتح فيه باباً وأحدث ممر داره في طريق هذا النصيب فمنعه صاحب النصيب الآخر. قال : ليس له أن يمنعه إذا جعل ذلك ليرفق به هو ومن يسكن معه وإن كان إنما أراد أن يجعلها سكة نافذة للناس يدخلون من باب داره فحرقوا ذلك إلى مخرج النصيب قال : فليس ذلك له، قال ابن القاسم فاحتجبتُ عنده بما اختلَف فيه عندنا فقال : أرى ذلك له.

قال ابن القاسم : ولو لم يقسم الدار ولك دارٌ إلى جانبها لم يكن لك فتح باب في الدار التي بينك وبينه لأن الوضع الذي يفتح فيه معك فيه شريك. وقاله أشهب عن مالك. ومسألة رجلين عن أرضين له متصلتين ولقوم بينهما طريق إلى ماء آخر بيني وبينه وقد غرست في أحد الأرضين وادياً فمرورهم به يضر بالوادي فأردتُ رفع الطريق إلى أرض الآخر إذ هو أرفق بي وبهم، قال : ليس ذلك لك إلا بإذنهم، فقال : إني إنما أقدم الطريق عن الوادي في بياض قدر عظم الذراع قال : إن كان قريباً هكذا ولا يضرهم فذلك لك وإلا فاستأذِنهم.

قال ابن القاسم وأشهب : وإذا كانت لك نخلة في أرض فأردت أن تجذها فقال رب الأرض لا تتخذ في أرضي طريقاً قال : ليس لهم منعك من الطريق إلى نخلتك في سقيها وجذاذها وإبارها⁽¹⁾ ومصلحتها.

قال أشهب : ولك أن تحرق زرعه بأيسر ما تقدر عليه وأبعده من الضرر، قال : ولك أن تدخل إلى نخلتك في غير حين إفلاحها وتنظر إليها وتتعاهدا وإن كنت إنما تمر مرور الضرر مُنِعَتْ من ذلك ولك أن تمر معك بمن يعينك على أمرها / أو تستشره فيما يحتاج إليه منها.

161

قال ابن القاسم وليس لك أن تجمع نفراً من الناس يفسدون عليه زرع لجذاذها، وقد قال مالك فيمن له أرض في وسط أرض رجل إنه ليس له أن يحرق زرعه بماشيته لرعي خصبها، قال ابن القاسم : ولا يمنع من احتشاشه.

قال ابن حبيب قال ابن القاسم فيمن له أرض بيضاء⁽²⁾ والطرق تشققها فأراد أن يحول الطريق إلى موضع آخر منها أرفق بها وبأهل الطريق فليس ذلك له وليس لأحد أن يحول طريقاً وإن كان إلى أسهل من الأول وإن رضي له بذلك [من جاوره من أهل القرى لأنها طريق لعامة المسلمين فلا يأذنه]⁽³⁾ فيها بعضهم إلا أن يكون طريقاً لأقوام بأعيانهم فيأذنون في ذلك، قال ابن الماجشون : ينظر الإمام فيها، فإن رأى في تحولها منفعة للعامة في مثل سيولتها وقربها أو أقرب وأسهل، وإن رأى في ذلك ضرراً بأحد من المارة أو مِمَّن جاورها منع من ذلك وإن حولها بغير إذنه فليتعقب ذلك الإمام فما كان صواباً أمضاه وإلا ردّه.

من المجموعة قال عبد الملك : ومن له أرض مرتفعة ولآخر تحته أرض منصبة فيأتي المطر فيجيء من المنصبة إلى أخرى تحتها وهما مزروعاتان يشربان كثيراً من الماء فاشترى المنصبة ناسٌ فبنوا فيها وقرمدوا بيوتهم بالقراميد فكثُر ما ينصب منها

(1) إبار النخل وتأبيره : تلقيحه يقال نخلة مؤبرة بالتشديد ومأبورة.

(2) الأرض البيضاء : الأرض المساء التي لا نبات فيها وقد تقدم شرحها.

(3) ما بين معقوفتين ساقط من ص.

فقال من تحته لم يكن يجري عليّ منها هذا الماء كله وقد بقيت التي تحته أو بقيت مزدرة فلا حُجّة له بهذا والماء يجري على ما كان بالواجب قلّ أو كثر.

قال ابن كنانة فيمن في داره بئر ولرجل فيه شراب أية ساعة شاء فقال الذي له البئر للذي له الشرب / أنا أحفر لك بئراً في دارك واقطع عني شربك، قال : 161 ط ليس له ذلك إلا أن يصطلحاً على ذلك وذلك أن البئر ربما أفسدت دار الرجل وضيقته. قاله سحنون.

وسأل حبيب سحنونا عن له قناة تجري إلى زقاق نافذ⁽¹⁾ فأراد أن يحوّلها إلى زقاق آخر مثله فمنعه أهل الزقاق. قال : لهم منعه، قيل : فإن أجراها فأقامت ثلاث سنين ثم قاموا ؟ فقال : هذا قليل ولهم القيام.

فيمن له ممرّ في حائط لرجل أو له فيه شجر ولا تحظر عليه فأراد ربّه تحظره وأن يجعل عليه باباً

ومن العتية⁽²⁾ من سماع أشهب وهو عن ابن نافع عن مالك في المجموعة فيمن له ممر في حائط لرجل إلى مال له ورأى ذلك الحائط ولم يكن الحائط مُحْظَرًا⁽³⁾ فأراد ربه تحظره وأن يجعل عليه باباً، قال : ليس له ذلك إلا برضاء صاحب الممر فيه لأنه إذا جعل هكذا لم يدخل الذي له الممر متى شاء وقد يأتي ليلاً فلا يفتح له ويقال لا تُفْتَحْ في مثل الساعة لأحد وإذا كان مطراً لم يقعد ينتظر صاحب الطريق فما أرى ذلك إلا برضاء صاحب الممر.

(1) الرّفاق : الطريق الضيق دون السكة نافذاً كان أو غير نافذ.

(2) البيان والتحصيل، 9 : 188.

(3) أي لم يكن محاطاً بشيء يخرسه ويحول بينه وبين المارة والحظيرة الشيء المحيط بشيء آخر سواء كان خشباً أو قصباً.

قال : ولو حظّر على الحائط حظيرة ولم يجعل عليه باباً يُعَلَّقُ ؟ قال : إذا حظّر وجعل له باباً يدخل منه ويخرج ولا يُعَلَّقُ فيوشك أن يأتي من له الممر فيه فإذا رأى الحائط محظراً لم يَمُرَّ وقد يطول هذا ويتشاحن هذا ويجعل على ذلك الباب باباً ويصير صاحب الممر يكلف البينة على الممر.

قال ابن حبيب : كتبتُ إلى أصبغ أسأله عمّن له شجرة أو شجرات في أرض رجل فيريد ربّ الأرض / التحظير على أرضه بمجدار، أو بينهما دارٌ أو يغلق على شجر الرجل فيأبى ذلك الرجل ويقول : هذا يحول بيني وبينها وقال صاحبه : أنا أشهد لك بحقك وأفتح إذا جئت إليها.

قال أصبغ : إن كانت الشجرة أو الشجرات التي للرجل مجتمعةً بناحية من الأرض غير مفترقة ومتبدّدة فيها منع صاحب الأرض من دخول ذلك في الحظيرة ويحظره ما شاء ويدع شجر هذا وذلك إذا كان لصاحبها طريقٌ إليها على حال ما كان قبل ذلك في قرب ذلك أو بعده أو سهولته أو منفعته، وإن كانت الشجرة أو الشجرات متوسطة للأرض أو متبدّدة فيها لا يقدر رب الأرض أن يفرد حقه فيحظره إلا بدخول الضرر عليه والشجرات قليلة غير شاغلة للأرض كلها والأرض واسعة فليس لرب الشجر أن يمنعه من الإنتفاع بأرضه.

وإن قال : يضرنّي تحظيره على شجري قيل له ويضر هو تركه، فإذا اجتمع الضرران على مشتركين في شيء كان أولاهما باحتماله أيسرهما نصيباً منه ويصير هو مضاراً بصاحبه إن منعه لها كان عظيم الضرر عليه وقيل لرب الأرض حظّر على أرضك وافتح لصاحب الشجر باباً يدخل منه إلى شجره على أقرب الطريق وأسهلها إليه ويكون غلقه بيده إن طلب ذلك ولم يرد أن يكون مدخله من مدخل صاحب الأرض وقيل لرب الأرض احتفظ من مدخل هذا عليك إن شئت التحظير.

قال : وإن كانت الشجر كثيرة قد عمت الأرض يتبدها فليس لصاحب الأرض أن يحظر عليها لأن أكثر الضرر في / هذا لصاحب الشجر إذ أغلق عليها

ولم يأتيها إلا من ناحية واحدة، واحتج بقول مالك في النخل ثُبَاغٌ وقد أٌبر بعضها أنه يغلب الأكثر على الأقل فكذاك يغلب أكثر الضرر على أقله وإن جاء لا ضرر ولا ضرار كما جاء من باع نخلاً قد أُبرث فتمرها للبائع ولا حد في هذا ولا هذا.

فيمن له شجرة إلى جنب جدار رجل
فتضر به أو تخرج فروعها إلى أرض جاره
ومن له في حائط رجل شجرة فانقلعت
هل يرد غيرها؟ وكيف إن نبت مكانها خلوف؟
ومن له بئر أو عين فبيع في أرض جاره عيون من ذلك؟
أو خرج من حائطه شجرة من أصل شجر لك؟

قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون في الشجرة تكون إلى جانب جدار الرجل فتضر به أُنْقَطِع عنه ؟ فقال مطرف : إن كانت أقدم من الجدار إلا أن يحدث لها أغصانٌ بعد بناء الجدار يضر بالجدار فَلْيُشَمَّرُ (1) منها كُلُّ ما ضر مما حدث بعد بنائه، وقال ابن الماجشون : إن كانت هي أقدم من الجدار تُرِكَت وما حدث من أغصانها وزاد فيها من الانبساط والانتشار وإن أضر ذلك بالجدار لأنه قد عَلِمَ هذا من شأن الشجرة أنه يكون منها فقد صار، هذا من حريمها وهو أيضاً قبل بناء الجدار، وقال أصبغ كقول مطرف، وقال مثله عيسى بن دينار في كتاب آخر، وقال به ابن حبيب وقالوا أجمع : وإن كانت الشجرة محدثة بعد الجدار فإنه يقطع منها / كل ما آذى بالجدار وأضر به من قليل أو كثير.

163

ومن العتبية (2) روى عبد الملك ابن الحسن عن ابن وهب في شجرة في دار رجل فطالت حتى صار يتشرف منها على دار جاره إذا طلع بجنبها أو غرسها

(1) أي فليقطع منها يقال شَمَّرَ الشيءَ قطعه وشَمَّرَ النخلَ : صَرَمَ ثَمَره وشَمَّرَ الثوبَ عن ساقه رفعه.

(2) البيان والتحصيل، 9 : 408.

قريب من جدار جاره فيزعم صاحبه أن موضع الشجرة يضر به لأنه يخاف أن يطرق منها فيدخل عليه في داره وقد يكون قد تقادمت ومضى لها أعوام وهي تنزيد، قال : إن لم تكن له حجة إلا ما ضاق من الطرق من ناحيتها أو من يطلع من تحتها فلا حجة له بذلك ويمنع من يجنيها من التطلع والضرر إن عُلِمَ ذلك منه وليس له قطع الشجرة، وأما إن انتشرت وعظمت حتى تخرج فروعها من أرض صاحبا وتصير في أرض جاره وتضره فليقطع ذلك الذي أضر به ووقع في حده وأذاه فقط.

وروى ابن القاسم عن مالك فيمن له شجرة في أرض رجل فسقطت فنبت فيها خلوف لها، قال : ذلك لصاحبها، قبل فله أن يغرس في مكانها شجرة أخرى ؟ قال : نعم. ومن المجموعة قال بعض أصحابنا وهو في كتاب ابن حبيب لأصبع بن الفرج فيمن له شجرة في حائطه قد أنشأها فتعظم وتنبت وتضر بجنان جاره فلا ينتفع بأرضه.

قال في كتاب ابن حبيب فيضر بأرض جاره أو داره، وقال في الكتاين : إن كان عِظْمُهَا إنما هو امتداد صاعد في السماء يمد في أرض جاره فلا يغير عن حالها كالبنيان يرفعه الرجل في حقه فيستر به الريح والشمس عن جاره، وإن كان إنما مُدَّتْ في أرض جاره وأضررت به فلتشمر ويُقَطَّعَ منها وتُرَدُّ إلى حالٍ لا يُؤْذِي. قال سحنون كل ما يخرج / منها إلى أرض جاره فليُقَطَّعَ حتى تعود فروعها إلى جدار أرض صاحبا، لأن هواء الأرض التي حدث فيها الفرع لرب الأرض.

قال أصبغ في كتاب ابن حبيب : وأما الشجر التي تكون للرجل في أرض الرجل بميراث أو شراء أو قسم أو غيره فامتدَّت ارتفاعاً وانبساطاً حتى أضررت بالأرض فلا قول لصاحب الأرض في ذلك، وقاله ابن القاسم.

ومن المجموعة قال مالك فيمن له شجرة في أرض رجل فسقطت فنبت فيها خلفه شجرة أخرى فهي لرب الأولى وإن كانت الأولى نخلة فلربها أن يغرس مكانها نخلة أخرى. قال ابن كنانة وأشهب مثله، قال أشهب : لأن له أرض النخلة، قال

ابن كنانة : إلا أن تكون النخلة في يديه حُبْساً أو كان إنما له ثَمَرها دون الأصل وليس ذلك له.

قال ابن القاسم : وليس له أن يغرس ما يعلم أنه يكون أعظم انتشاراً من الأولى، وله أن يغرس ما ضرره من الشجر كضرر نخلته وأقل وما هو مثل نخلته.

قال ابن القاسم : ومن له بئر أو عين ولصيقها أرض لرجل فنبع في أرض الآخر عيون من العين أو البئر فأراد رب العين أو البئر سُدَّها فقال : إن لم يستحدث ذلك ولم يحفره وإنما هو شيء ساقه الله إليه فلا يعرض له، وإن كان هو احتفرها وأجرى الماء مُنِعَ من ذلك وسُدَّت عليه.

قال وقال بعض أصحابنا وهي لعيسى عن ابن القاسم في العتبية⁽¹⁾ ونحوه في كتاب ابن حبيب عن أصبغ فيمن في حائطه شجرة فيخرج منها قضبان تحت الأرض / فتظهر في أرض جاره وتصير شجراً مشمراً، فإن ثبت أنها من أصل الرجل تُحِير من ثبتت في أرضه بين أن يقلعها عن أرضه أو يُعْطِيَ الذي تفرعت من شجره قيمتها مطروحة. قال ابن القاسم في الكتابين : إلا أن يكون لصاحب الشجرة فيها منفعة لو قلعها وغرسها بموضع آخر لتثبت فله ذلك، وإن كان لا منفعة له فيه ولا مضرة عليه فهو لرب الأرض إلا أن يكون قد بلغ فيكون لو قُلِعَ كان لحشبه قيمته فلرب الأرض أن يعطيه قيمتها مطروحة، قال في المجموعة : إذا كان ليس في بقائها مضرة على رب الشجرة الأولى فإن كان عليه فيها مضرة لأن عروق القديمة تُسْقَى منه الخلوف فتنتشر هذه فله قلعها إلا أن يشاء الذي ظهرت في أرضه أن يقطع عروقها المتصلة بشجرة الأولى حتى لا يضر بها ويعطيه قيمتها مقلوعة فذلك له.

وقال في العتبية⁽²⁾ قال عيسى : إلا أن يكون بقاؤها مضراً بأصل الشجرة فليس له ذلك إلا برضاء ربا.

(1) البيان والتحصيل، 10 : 263.

(2) البيان والتحصيل، 10 : 263.

وسُئِلَ عن شجر ينبت في هدف بين حائطين والهدف يُعرَف برجل أو لا يُعرَف بأحدهما وهما يدعيانه جميعاً والشجر مشتبكة أو متباعدة قال : إن عُرِفَ أن الهدف لأحدهما فما ثبت عليه فهو له ويُنظر إلى أصول تلك الشجر إن قدر أن يختبر من غير فساد فمن أي شجر هي أعطى صاحبها قيمتها مقلوعة أو يأمره بقلعها عن أرضه إن كان لها ثمن، وإن لم يُعرَف لمن الهدف منهما وكانت الشجر تحمل القَسَمَ وكانت متباعدة قَسَمَ الهدف بينهما بالشجر / فيبيع كل واحد منهما ما شاء وإن كانت مشبكة جداً حتى لا يُعرَف ما أسقطته الريح من حَبِّها من أيهما هو فأرى أن تُباع من رجل واحد ويُقسَمَ ثمنها بينهما أو يتقاومانها بينهما.

164 ط

في إحداث الأبرجة وفي حمام الأبرجة يُؤذَى ما حولها من الزرع وفي دخول بعضها في بعض ودخول الصيد في منصة الرجل أو في داره

من المجموعة سُئِلَ ابن كنانة عمن يتخذ برج الحمام فيتأذى به جيرانه في زرعهم وثمارهم قال : فلا يُمنَعُ من ذلك وأكره أن يُؤذَى أحداً، وسُئِلَ بعض أصحابنا عن حمام الأبرجة وعصافيرها يُؤذَى زرع أهل القرية وغيرها وبخاصة العصافير في شدة إيدائها قريبة من الجراد، قال : لا أرى أن يمنع صاحب البرج من اتخاذ منافعه في جداره وبرجه وعلى أهل الزرع حرس زرعهم بالنهار والذب عنه. قيل فالدجاج والإوز يتخذها فتُفسدُ الزرع قال : لا يُمنَعُ من ذلك وعلى أهل الزرع حرس زرعهم بالنهار.

قال ابن القاسم عن مالك في الأبرجة يدخل حمام بعضها في بعض فإن قدر على رد كل حمام إلى برجة رد ذلك، فإن لم يقدر فلا شيء عليهم في ذلك وهي لمن

ثبتت في برجه، وكذلك النحل تخرج من جبح⁽¹⁾ هذا إلى جبح هذا إن استطيع ردها وإلا فهي لمن ثبتت في جبحه، وقاله كله أشهب، وقال : وهي في النحل أجوز إذ لا يُعرف أبدا ولا يقدر على ردها.

قال ابن عبدوس وقال بعض أصحابنا وذكره ابن حبيب عن مطرف في البرج يتخذ للحمام فيه الكوى خارجاً / في جداره فيأوي الحمام إلى البرج في داخله وخارجه إلى الحمام الذي وضعه الرجل في برجه ولا يعرف تلك الحمام بعينها هل يأكل فراخ حمام البرج ؟ قال : إن عرفها بعينها وعرف رها ردها إليه وإن لم يستطع ردها ولا أخذها فإن عرف موضعها إذا أفرخت رد فراخها على صاحبها، وإن ازدوجت حمامة مع حمامة لجاره فعرفها وعرف عُشَّها الذي تفرخ فيه ولا يقدر على ردها ولا أخذها فليرد نصف ما أفرخت. قال : وكذلك إن كانت حمامة جاره ذكراً لأنه إنما يكون ذلك على وجه الحضانة لا على وجه البيض فليرد على صاحبه⁽²⁾ فرخ حمامته ذكراً كان أو أنثى ويمسك فرخ حمامته ولا يكون هذا إلا في الحمام فقط من جميع الطير والبهائم وإن اشتبهت بحمامة فلا يعرفها أو يعرفها ولا يعرف عشها ولا يقدر على ردها فلا شيء عليه وله كل ما أوى إلى برجه، وقاله من أرضى من العلماء.

وكذلك الحمام التي خارج البرج في كواه هي لصاحب البرج وله كل ما أوى إليها من العصافير وفراخها وله منع كواه من غيره، والنحل مثل الحمام إذا آوت إلى خلية الرجل خلية لجاره فيقال لربها إن عرفت نحلك فخذها وإلا فلا شيء لك ولا يكونان شريكين، قال ابن حبيب قال لي أصبغ مثله كله، ورواه عن ابن القاسم.

من المجموعة، وقال ابن كنانة في برج الحمام والجبح إذا وقع فيه ما يُغلب صاحبه معرفته فلا يعرف / شيئاً بعينه فله أكل ذلك كله، قال ابن القاسم

(1) الجَبْحُ : خَلِيَّةُ الْفَسْلِ وَتَجْمَعُ عَلَى أَجْنَحٍ وَأَجْنَحٍ وَجَبَاحٍ.

(2) في ص، على جاره.

وأشهب : ولا تصاد حمام الأبرجة ولا يُنصب لها ولا تُرمى قال ابن القاسم فإن صاده فليؤده أو ليعرف به ولا يأكله، قال أشهب : وإن قتله غرم ما قتل إن عرف البرج وريه وإلا تصدق بالقيمة.

قال ابن كنانة : وأكره أن ينصب الرجل جبجاً في مكان قريب من جباح الناس وحيث ترعى نخلهم وتسرح وتأوي إليه ولا بأس أن ينصبها بعيداً من العمران وهذا بقدر ما يعلم أهل البلدان مما يضر به في نخلهم ومصايدهم من نخل القرية التي ليست لهم أو من نخل الناس التي يُتخَوَّف أن يكون من جباح غيرهم.

قال ابن القاسم عن مالك : ومن نصب جبجاً في الجبال فدخله النخل فهي لمن وضع الجبج، وقاله أشهب وإن كانت نخل جبليّة⁽¹⁾ ليست لأحد وإن كانت من نخل قوم، ولا أرى لأحد أن يفعل ذلك، فمن فعل ذلك لم أره له ورأيت أن أهل تلك النحل أسوة فيما دخل في ذلك الجبج وإن كان ذلك الجبل به نخل كثيرة ليست لأحد وبه نخل للناس لم أر بأساً أن ينصب أجباحه وله ما دخل فيها من أجباح الناس إلا أن يعرف شيئاً بعينه فليؤده. قال ابن القاسم : كل من نصب لصيد منصّباً له ما وقع فيه فإن وجدته غيره فليس له أن يأخذه منه، وكذلك من وجد حجراً فسده وذهب ليأتي بما يحفره فأتى من فتحه وأخذ ما فيه فالذي سده أولى بذلك، فإن قالوا ومن يعلم أنك سدّدته ؟ قيل لهم ادفعوا ذلك إليه حتى تأتي من يدعي أنه يسده وأنتم لا تدعون ذلك، وكذلك في الجبج إن قالوا ومن يعلم أنك وضعته.

قال ابن كنانة في الرجل يجد النحل في شجرة أو صخرة فلا بأس أن ينزع عسلها إذا لم يعلم أنها لأحد، ولا يحل لك أن تأكل عسل جبج نصبه غيرك لا في عمران ولا في مغازي ولا أكل حمام لغيرك إذا عرفته بعينه، قال : وأكره أن يأخذ الرجل من شجرة غيره غرساً إلا أن يأمره، وذكر قول ابن القاسم في الذي يطلب

(1) جبليّة ساقطة من ص.

الصيد حتى يدخل دار رجل أو منصبه أنه إن اضطرته الكلاب أو الرجل رهقه لأخذه فهو له وإلا فهو لرب الدار أو المنصب بالحبال.

وقال أشهب أرى الصيد الذي دخل الدار للطالب دون رب الدار لأنه هو الذي أحرزه في الدار ولم يحزه رُثبها بوجه من الوجوه. قال سحنون : وهذا بخلاف ما طلبته الكلاب والكلاب لقوم شتى فأخذه بعض الكلاب دون بعض فهذا يكون لأرباب الكلاب كلهم إذا كانت في حومة الكلاب لم يتباعد بعضهم من بعض حتى تنقطع معونة بعضها لبعض، وفي كتاب الصيد شيء من معاني هذا الباب وفي الباب الذي يلي هذا من معنى هذا الباب.

في تحذير الحوائط

وما على أهلها من حفظها من المواشي بالنهار

وما على أهل المواشي من حفظها بالليل

وفي أذى النحل والحمام وغيرها

وكيف يضمن الزرع الأخضر إذا فسد ؟

قال ابن حبيب روى ابن شهاب عن ابن المسيب أن النبي ﷺ قضى أن على أهل الحوائط حفظ حوائطهم بالنهار وعلى أهل المواشي حفظ مواشيهم بالليل⁽¹⁾، وفي حديث آخر من رواية مالك عن ابن شهاب وأن ما أفسدت المواشي بالليل ضمانه على أهلها. قال مالك : وعلى / ذلك الأمر عندنا.

165 ظ

قلت لمطرف : فإن الزرع عندنا كثير منبسط جدا لا يطيق أهله على حراسته، قال : سئل عن ذلك مالك فقال : الحكم في ذلك واحد على حكم

(1) ورد هذا الحديث في سنن ابن ماجه كتاب الأحكام باب الحكم فيما أفسدت المواشي بلفظ آخر عن ابن شهاب أيضا حيث ذكر أن محبسة الأنصاري أخبره أن ناقة للبراء دخلت في حائط قوم فأفسدت فيه فكلّم رسول الله ﷺ فقضى أن حفظ الأموال على أهلها بالنهار وعلى أهل المواشي ما أصابت مواشيهم بالليل ويوجد هذا الحديث أيضا بالموطأ كتاب الأقضية باب القضاء في الضوراري والحرية.

رسول الله ﷺ، قال مالك في البقرة أو الناقة الضارة بالزرع فليأمر الإمام ببيعها وإن كره رباها.

وسئل مطرف عن النخل يتخذها الرجل في القرية وهي تضر بشجر القوم إذا نورت أو تجد برجاً في القرية وتتخذ فيه الكوى للعصافير تأوي إليه ويأخذ من فراخها وهي الحمام في إيذائها وفسادها للزرع هل يُمنع من ذلك؟ قال: أرى أن يُمنع من اتخاذ ما يضر بالناس في زروعهم وفي شجرهم، قلت: أفلا يكون ذلك كالماشية؟ قال: لا، لأن هذه طائفة ولا يقدر على الإحتراس منها كما يُستطاع ذلك في الماشية، وقد قال مالك في الدابة الضاربة بفساد الزرع التي لا يحترس منها أنها تُخرَج وتُعرف وتُباع فالنحل والحمام أشد وكذلك الدجاج الطائفة والإوز وشبهها مما لا يُستطاع الإحتراس منه فأما ما يُقدَّر على الإحتراس منه كالماشية فلا يؤمر صاحبها بإخراجها.

وقال أصبغ: النحل والحمام والدجاج والإوز كالماشية لا يمنع صاحبها من اتخاذها وإن غرث وعلى أهل القرية حفظ زرعهم وشجرهم، وكذلك قال ابن القاسم. وقال ابن حبيب بقول مطرف.

قال أبو محمد عبد الله: وقد ذكرنا في باب إحداث الأبرجة قول ابن كنانة وغيره في الأبرجة والأجباح وضررها وضرر الدجاج والإوز.

قال ابن حبيب: قلت لمطرف فما أفسد من الزرع الأخضر كيف يقوم؟ قال مالك: على الرجاء والخوف أن يعم أو لا يعم يريد لو جاز ذلك فيه، قال: فيغرم قيمته ولا يُستأنى بالزرع أن ينبت كما يُصنع بسن الصغير، قال مطرف: فإن عاد الزرع بعد الحكم بقيمته إلى حالته الأولى قال: تمضي القيمة لصاحب الزرع لأنه حكم قد نفذ. قلت: فلو لم يُحكم فيه حتى عاد لهيئته؟ قال: إذا تسقط القيمة التي وصفت لك وليس على المعسر إلا الأدب بقدر سفهه وإفساده إلا أن يكون ما أفسد من ذلك كان يُرعى ويُتَّق به فتكون عليه قيمته ناجزة لا على الرجاء والخوف وعليه الأدب، وقال أصبغ عن ابن القاسم عن مالك في صدر المسألة مثل قول مطرف.

قال أصبغ : وإذا عاد لهيئته قبل الحكم فيه فهو عندي مثله يُقَوَّمُ على الرجاء والخوف نبت أو لم ينبت كان ذلك قبل الحكم أو بعده قال ابن حبيب : وقول مطرف أحب إلي، قال ابن حبيب قال الشعبي : دخلتُ شاة بيت حائك فأفسدت عمله فرفع ذلك إلى شريح فقال ﴿وَدَاوُدَ وَسَلَيمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتِ⁽¹⁾ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ﴾⁽²⁾ لا يكون النفس إلا بالليل، وفي كتاب الأفضية باب من هذا مفرد يصلح أن يضم أحدهما إلى الآخر.

(1) نَفَشَتِ الْإِبِلَ وَالْغَنَمُ تَنْفِشُ من باب جَلَسَ : رَعَتْ لَيْلًا يَلَا رَاعٍ وكذلك تَفَشَّتْ تَنْفِشُ بالضم نَفَشًا بفتحَتَيْنِ.

(2) الآية 78 من سورة الأنبياء.

كتاب الأرحية

في إحداث الأرحية والضرر فيها
وما يحدث في الأنهار من السداد مما يضر بالناس
وغير ذلك من نفي الضرر⁽¹⁾

167 ط / من العتبية⁽²⁾ من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم وقال ابن عبدوس سُئِلَ بعض أصحابنا. وقال ابن حبيب : سألتُ أصبغ عن الرجل يكون له الرحى المتقدمة فيريد رجل أن يحدث فوقها أو تحتها رحى، قال : إن كان ذلك يضر بالقدمة في بعض طحين أو يكثر بذلك مؤنة عملها أو شيء مما يضر بصاحبها ضرراً يتبين لأهل المعرفة بالأزحاء مُنِعَ الذي أراد أن يحدث الرحى أن يحدثها.

قال وفي كتاب ابن حبيب عن أصبغ فإن قالوا : لا يَضُرُّ ذلك بالرحى القديمة ثُرِكَ ذلك فإن أشكل ذلك عليهم قيل له اعمل فإن أضررت برحاه منعناك وأبطلنا عملك قال : وإن قالوا لا ضرر على الأول من إحداثها فحُكِمَ له بالعمل فلما تم عمله تبين الإضرار بالأول يُقْضَى الحكم ومُنِعَ، ولو عمل على غير حكم وصاحب الرحى الأول ينظر إليه فلا يغير حتى تم عمله ثم تبين ضرره وقال الأول ما ظننتُ أن ذلك يضر بي قال : ينظر : فإن كان مثله لا يخفى عليه ولا على غيره أن ذلك يضر فلا كلام له وتبقى⁽³⁾ الرحى المحدثه، وإن كان يشبه أن يخفى

(1) تضاف إلى نسخة الصادقية نسخة باريس فيما يتعلق بمقابلة بعض الأبواب من كتاب الأرحية .

(2) البيان والتحصيل، 10 : 319 .

(3) في ب، وتقر الرحى.

على مثله أُخِلِفَ ما سكت وهو يرى أن ذلك يضر به ثم أُزيل عنه الضرر، قال ابن وهب وابن نافع مثله.

قال في العتبية⁽¹⁾ وكتاب ابن عبدوس قلت : فإن كان لعدوئي نهر موضع رحاءين وكل عدوة لرجل وهما متقاربتان أن عمل المنصب الذي بهذه العدو ينفذ سده إلى العدو الأخرى بطل المنصب الآخر وإن عمل الآخر كذلك بطل هذا قال : إن تشاحا⁽²⁾ فليس لكل رجل إلا نصف النهر / فإن كان في نصفه ما يعمل عليه رحاه فذلك له وليس له أن ينفذ سده إلى برية غيره إلا أن يأذن له أهل تلك البرية أضر ذلك بهم أو لم يضر لأن نصف الماء لهم إن تشاحوا إن شاؤوا سقوا به أو حوّلوه إلى منابعمهم وإن لم يكن في نصف الماء ما يحمل عمل رحي منعا جميعا من العمل حتى يتراضيا على ما يحمل.

[ومن العتبية⁽³⁾ قال محمد بن خالد عن ابن القاسم⁽⁴⁾ فيمن له رحي فنصب رجل تحتها رحي فنقصت الأولى من طحينها قال : ليس له ذلك ويمنع.

قال في المجموعة قال بعض أصحابنا فيمن له رحي فيحدث رجل تحتها رحي فقال صاحب القديمة أخاف أن يضر برحائي فيبيعث القاضي من ينظر ذلك من أهل النظر فيقولون : لا فساد على رحائه من ذلك فيأذن له بالبنيان فإذا فرغ أضر ذلك بالرحاء العليا وخنقت الماء عليها فلم تدر قال : إذا اجتهد السلطان أولا ثم أمره بالبناء فهو حكم مضي ولا يرُد ولا تركه صاحب العليا حتى بنى وطحنت رحاه ثم قام وذكر إضرارها به لم أر للسلطان أن يهدمها عنه لأنه قد تركها حتى أنفق فيها النفقة العظيمة، وقال غيره : لا يمضي الضرر فيها على أحد كان بأمر السلطان أو بغير أمره وأرى أن يُقْلَعَ الضرر إذا تبين، وقال غيره : إذا رآه بنى

(1) البيان والتحصيل، 10 : 312.

(2) تشاح الخصمان في الجدل أراد كل منهما أن يكون هو الغالب وتشاحا على الشيء أراد كل منهما أن يستأثر به.

(3) البيان والتحصيل، 10 : 319.

(4) ما بين معقوفين ساقط من ص.

وسكت حتى طحنت فلا قيام له كانت رحاه قائمة أو قد خربت لأن النهر موات.

وقد قال عمر لا تحجروا على الناس فيمن أحيوا موتاً ثم تركه فأحياه غيره فهو لغيره فإن قال إنما تركته وأنا لا أعلم أنه يضر رحائي فإن كان لا يخفى على أحد أنه يضر فلا قول له وإن كان يخفى ذلك حلف وكان له أن يقلع. وسئل عن سداد الأرحية إذا تقادمت بيد أهلها فأراد قوم أن يمروا بخشبهم في النهر قال : أرى أن يؤكل السلطان من يهدم ما أضر بالمسلمين من تلك السدادات في ممرهم بخشبهم وسفنهم ويترك ما لا يضر بهم.

قال ابن حبيب : سألت أصبغ عما يفعل أهل سداد الأرحية عندنا من منعهم ممر الخشابين فخشبهم والحرق لهم فيها حتى يأخذوا منهم على ذلك غمراً قال : ليس [ذلك لهم لأن الأنهار التي لم يستقها الناس هي ضرر للعباد] (1) ليس لأحد منعها ولا أن يحدث فيها ما يضر بالناس في مسالكهم وليأمر الإمام بحرق ما خُس من السداد ومؤنة ذلك ومؤنة إعادتها على أصحاب السداد دون الخشابين كانت السداد محدثة أو قديمة، وقاله ابن القاسم.

قال ابن حبيب سألت أصبغ عن الرجلين يتدبران (2) عمل رعاءين في أرضيهما معا أو بدأ هذا قبل هذا فلما فرغا أضر أحد الرعاءين بالآخر قال : إن بدأ أحدهما قبل صاحبه بالعمل الذي له قال وقدر من النفقة ثم عمل الآخر بعده فسبقه بالفراغ أو لم يسبقه فهو المحدث فإن كان هو المضر مُنِعَ وإن كان هو المضر به تُرِكَ، وهو كمن حفر بئراً في داره ثم حفر جاره بئراً في حقه يستنزف ماء الأخرى مُنِعَ [من] ذلك.

قال : وإن بدأ جميعاً ولم يسبق أحدهما الآخر بالأمر البين ولا بالإتفاق الكثير فلا يمنع واحد منهما لصاحبه إذا تباينا / بموضعيهما [فإن تقاربا] (3)

169

(1) ما بين معقوفتين ساقط من ص.

(2) يتدبران : يبادر بعضهم بعضاً أيهم يسبق الآخر وفي ب، يتدبران.

(3) ما بين معقوفتين ساقط من ب.

بالموضعين بما يتبين أن فيه الضرر البين فليُمنعاً جميعاً لأنهما استبقيا الضرر حتى يفترقا ويتباعدا بأمر بين أو متشابه. قال أصبغ : ولو خربت رحى رجل فأراد غيره أن ينشئ فوقها رحى في أرض نفسه أو تحتها وهي تضر⁽¹⁾ بالأولى إن أعيدت قال : إن كان خراباً طويلاً قد عفا⁽²⁾ ودرس وتركت على التعطيل حتى طال الزمان فليس له منع، فإن كان أمرها قريباً ولم يتقادم الزمان ولا درس الأمر ولا يتبين للناظر فيها أن يتركها على التعطيل فله أن يمنع من إحداث ما يبقى ضرره إذا دعي الآن إلى العمل وإعادة رحاه فأما أن يمنعه وهو لا يريد أن ينشئ رحاه القديمة الآن فليس ذلك له، لأن هذا من التحجير على الناس.

ومن المجموعة قال بعض أصحابنا فيمن له رحى فمات عنها فضعف ورثته فبطلت ثم أتى من اتخذ تحتها رحى ثم قام الورثة فأرادوا هدم ما أحدث قال إنما ذلك لهم إذا قالوا نحن نبني فيتلوم لهم في ذلك وإن قالوا لا نبني لأننا لا نقدر قيل لهذا ابن في حقلك ما شئت وكذلك إن لم يكن لكل واحد منهم عليه رحى فأراد أحدهم أن يعمل في موضعه رحى فقال صاحبه رحاك يضر بي إن أردت أن أحدث رحى فليس له أن يمنعه إلا أن يقول أنا أبني رحى في حقي أو أبيع من يني. فإن قال ذلك وكان كل واحد منهما يضر بصاحبه مُنع من ذلك حتى يتراضيا. وقد سمعت مالكا يقول في العين للرجل تمور⁽³⁾ ثم أراد رجل أن يتخذ بئراً أو عيناً فإن قال صاحب القديمة أنا أبني / [أو⁽⁴⁾ أبيع من يني ثلوم له وإن قال لا أبني لم يُمنع هذا من اتخاذ ما أراد، قال وكذلك الرحي عندي، وما أحدث في منع من أحدث رحى تحت رجل، وهو على الإستحسان، وقد ضعفه بعض العلماء ولكن أخذنا به.

(1) كذا في ب وفي النسختين الآخرين وهو يضر بالأولى.

(2) عفا المنزل : أحمى ودرس وبلي.

(3) في ص، تغور.

(4) ابتداء من هذه المعقوفة سقط من النسخة الأصلية ما يقرب من ثلاث صفحات أثبتناها من ص وب وسنبه على نهاية ما أثبتناه عند الوصول إلى ذلك.

وكتب شجرة إلى سحنون في الواد⁽¹⁾ يتخذ فيه القوم سدوداً بالخشب قطعوا بها عرصة يصيدون منها الحيتان، فشكا قوم أن بعض تلك السدود يضر بهم في أرضهم ويُميل الماء عليها فهدم أجوافها⁽²⁾ وتخرق أرضهم، ومن السدود شيء قديم منها عند مورد قوم وسقيهم للماشية والشفة يخدمهم ونساءهم فقد منعوا النساء من الإستقاء للزومهم الصيد أو تعديهم فكتب إليه : امنع الضرر حيث كان ولا أعرف الخطط في الأودية ولا في البحر ولا يمنع الناس بالأمر الذي لا يدخل به على أحد ضرر ومن أراد أن يختط فيه ويمنع من تخطية من يصيد فلا أعرف هذا.

وسئل بعض أصحابنا عن الذي يتخذ سدّاً في النهر ولعل أرضه من حافتيه ويجعل في السد مصيداً للحيتان ويتقدم في يده حتى يصير ميراثاً فيأتي قوم من أهل القرية أو غيرهم يريدون عادة مثل ذلك الصيد فيمنعهم الأولون ؟ قال ليس لهم أن يمنعوا أحداً من ذلك ولا من الإصطياد بشباكهم وقواربه.

وسئل عن رجلين غرسا شجراً في أرض ليس بينهما إلا حدٌّ فأضر أحدهما بالآخر ؟ قال يقران على حالهما لأن كل واحد عمل في أرضه ما أحب، ولو كانت واحدة قبل صاحبها مُنِعَ المحدث من الضرر على صاحبه.

ومن العتبية⁽³⁾ قال أصبغ في رجل كان بيني رحي أو بيتا في جوار مُغتسل⁽⁴⁾ أو مُستَقَى فأرادوا منعه لغاشية الرحي وما يردها من الناس، وكيف إن كان على المغتسل طريق سابلة عامرة هل لهم بذلك حجة عليهم ؟ قال أصبغ إن كان يضر بهم وبغاشيتهم⁽⁵⁾ ومستقاهم وممرهم أو ينقص منها شيئاً أو يعور طريقهم إلى

(1) كذا في ص بدون ياء بعد الدال وكتب في ب الوادي بالياء وهو في اللغة منفرج بين جبال وآكام يكون منفذا للسيل والإستعمال المغربي غالبا ما يطلق الواد الذي استغنى فيه عن الياء على النهر. فيقال مثلا واد سبو وواد أم الربيع وهكذا.

(2) في ص، فهدم أطرافها وما أثبتناه من ب.

(3) البيان والتحصيل، 10 : 326.

(4) المُغتسل المكان الذي يغسل فيه ويطلق أيضا على الماء الذي يغسل به ومنه قوله تعالى : ﴿ هَذَا مُغْتَسَلٌ بَارِدٌ وَشَرَابٌ ﴾ (الآية 42 من سورة ص).

(5) في ص، يضرهم في معاشهم.

غيرها، لم يكن له ذلك، إلا أن يكون تحويل الطريق الذي ذكرت، الأمر اليسير ليس فيه عطب عليهم في ممرهم ولا عوج إنما هو بمنة أو يسرة وشيء لا يتباعد ولا يلحقهم به ضرر⁽¹⁾ ولا إذاية في طريقهم إذا أقبلوا أو أدبروا من طريق هم الأولي في غاشيتهم ولا في حشونة⁽²⁾ مستقاهم فلا أرى به بأساً. وما كان عليه فيه وكف⁽³⁾ فعلى السلطان نفي الضرر في ذلك.

وسئل عيسى بن دينار عن ساقية بين قوم أعليين وأسفلين، وللأعليين نصفها يسقون بها يومين [ثم يسرحون إلى الأسفلين فيسقون بها يومين]⁽⁴⁾، فهذا فعلهم ما احتاجوا إلى السقي، [فإذا استغنوا سرحوا الماء إلى الأسفلين حتى يقع في النهر الأعظم فأنشأ الأسفل على الساقية]⁽⁵⁾ رعى فطحنت زمانا في غير أيام السقي ثم أراد الأعلون إنشاء رعى عندهم وذلك يضر رعى الأسفلين فمنعهم وقالوا سبقناكم إلى العمل؟ قال فللأعليين أن ينشئوا الرعى ثم يقتسموا الماء كما كانوا يفعلون يومين يومين فإن كان يوم الأعليين طحنوا بمائهم ثم⁽⁵⁾ أرسلوا على الأسفلين فطحنوا في يومهم، فسقوا وصنعوا ما شاؤوا، وإن أراد الأعلون والأسفلون قسمة الساقية نصفين وكره ذلك الآخرون لم يكن لهم أن يقسموها إلا باجتماعهم لأن ذلك عليهم لأنه يضر عليهم ما كانوا يستقونه في يومين لا يستقون إلا في أربعة فيكثر عناؤهم، ويضر ذلك بهم، وذكره ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون من أول السؤال إلى قوله حتى يقع في النهر الأعظم، ثم قال فهل للأعليين أن يُنشئوا في حقهم رعى يطحنون عليها في يومهم وفي أيام استغنائهم جميعاً عن السقي فإذا احتاجوا إلى السقي يسرحون الماء كله إلى الأسفلين في يومهم وعلقوا أرحاءهم؟ فقال ليس ذلك لهم لأن الأمر يتقادم والعلم يدرس فيصير ذلك حقاً لهم على الأسفلين فليس ذلك لهم إلا برضاء الأسفلين.

- (1) في ص، ولا تلحقهم به ضرورة.
- (2) في ص، حسونة بالسين المهملة ولم يتضح لنا معناها إلا أنه يوجد في اللغة في مادة حشن ما يأتي حشِنَ السَّقاءُ : حَشْنًا أَثْبَنَ لِكثرةِ حَقْنِ اللَّبَنِ فيه وعدم تعهده بالغسل وأَحْشَنَ السَّقاءُ جَعَلَهُ يَنْتِن.
- (3) الزَّكَفُ هنا الظلم والجور أي من حصل له ضرر يقال وَكَفَّ وَكَفًّا إذا أْثَمَ أو إذا مال وجار.
- (4) ما بين معقوفتين ساقط من ص مثبت من ب.
- (5) ما بين معقوفتين ساقط من ص.

قال : ولو أحب الأسفلون أن ينشئوا رحى في حقهم يطحنون عليها في يومهم وفيما أتاهم من فضل الماء عن السقي فليس ذلك لهم وليس للأغليين منعهم ولا حجة لهم بمثل ما احتج به الأسفلون عليهم لأن الأسفلين لا يملكون من الماء إلا ما يأتيهم من الأعلى من شرب يومئذ ثم إن أحب الأعلى أن ينشئوا رحى عندهم بعد إنشاء الأسفلين فذلك لهم ويقتسمون الماء بينهم على قدر حقهم فيه فيطحن كل قوم بمائهم أو يسقون به إن أحبوا ولو أراد الأعلى أو الأسفلون قسمة الساقية نصفين وأبى ذلك الآخرون فليس ذلك لمن أرادته حتى يجتمعوا / ثم ذكر مثل ما ذكر عيسى إلى آخر المسألة⁽¹⁾

ومن العتبية⁽²⁾ قال عيسى بن دينار في الساقية تشق أرض رجل إلى ناس تحته يسقون بها وله منها شرب أو لا شرب له منها ويريد أن يشق الساقية في أعلاها حيث يمر في أرضه فيحرق منها ساقية أخرى تصب عليها رحى ثم يرد الماء من تحت الرحى إلى الساقية [فيمضي الماء كله إلى القوم الذين إليهم تجري الساقية]⁽³⁾ وذلك لا يضرهم أذلك له⁽⁴⁾ ؟ قال : إن كانت هذه الساقية الله أجرى الماء فيها من غير أن يعملها الذين يسقون بها فذلك له، وإن كانوا هم الذين عملوا حتى أجرى الله الماء فيها⁽⁵⁾ فليس له أن يغرقها عليهم. وذكرها ابن حبيب عن ابن الماجشون وقال في جوابه : إن كانت الساقية التي أجرى الماء فيها من غير أن يعملها الذين يسقون بها والذي يبقى فيها من الماء بعد الذي يسبق هذا فيها كثير لا يخاف نضوبه ولا انقطاعه في وقت من الأوقات فذلك له وإن لم تكن كثرة على هذه الصفة أو كانوا هم الذين أجروا الماء فيها وسقوها فليس ذلك لهم، وقال لي مطرف وأصبع : ليس ذلك له على كل حال، وقول ابن الماجشون أحب إلي.

(1) هنا تنتهي الزيادة التي أضفناها من ص وب نظرا لكونها ساقطة من الأصل.

(2) البيان والتحصيل، 10 : 261.

(3) ما بين معقوفتين ساقط من الأصل.

(4) في الأصل و، أذلك لهم والسياق يقتضي أذلك له ؟ وهو ما أثبتناه من ب.

(5) في ص وب، الذين عملوا حتى جرى الماء فيها.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن له في أرضه مخاضة نهر⁽²⁾ فيريد أن ينصب في موضعه رحى وذلك يعور المخاضة أو ينصب الرحي تحتها فينرق المخاضة ويقطعها قال : ليس ذلك له أن يحدث ما يجر به ضرراً على الناس في المخاضة التي هي طريق العامة. قلت فإن كانت المخاضة منها على قدر رحيل أو ميلين أو الغلوة⁽³⁾ و الغلوتين هل له / أن يرد الناس إلى بعض تلك المخاض لينتفع هو بما أحب أن يصنع في أرضه ؟ قال : لا يجوز له أن يحول الناس عن طريقهم وليس للناس منعه مما لا يضرهم فإن كان يقدر أن يعمل الرحي ولا يضُرَّ بالمخاضة لم يُمنع قيل له إن الضرر لا يتبين إلا بعد فراغه من العمل قال : يقال له إن شئت أن تعمل فإن تبين ضرر عملك أبطلناه عليك فاعمل على ذلك إن شئت.

170 ط

قال ابن حبيب قال ابن الماجشون فيمن أراد أن ينشئ رحي في أرضه تحت رحاء لغيره أو فوقها وذلك مضر فليس ذلك له ويُمنع لأن النبي ﷺ قال: ليس على الأول من الآخر ضرر⁽⁴⁾ وقال أصبغ : لا يُمنع من ذلك. وإن كان فيه بعض الضرر على من الساقية فوقه أو تحته ما لم يكن ضرراً مُفسِداً أو مبطلاً، وأما ما فيه الانتفاع والإعتمال فإن كان فيه بعض الضرر فلا يُمنع إلا أن يجاوره في العمل والبناء ويشرف على [سده أو قربه جدار] ليس فيما بينهما للماء منفسخ فيُمنع من ذلك قال : وليس الانتفاع⁽⁵⁾ بالأثمار وحوز منافعها بحق ثابت كحق ذي الحطة إذا أوتي عليه في ركعه⁽⁶⁾ ومستراحه ومدخله ومخرجه إنما النهر كالموات

(1) البيان والتحصيل، 10 : 298.

(2) المخاضة موضع الحوض في الماء والجمع مخاض ومخاضات من قولهم خاض الماء يخوضه خوضاً وخياضاً إذا دخله.

(3) الغلوة مقدار رمية السهم.

(4) تقدم تخريج هذا الحديث فيما سبق.

(5) ما بين معقوفين ساقط من ص.

(6) الرُّكْحُ : جمع أركح وركوح : ساحة الدار وله معان أخرى في اللغة منها أنه الأساس وأنه ركن الجبل أو ناحيته، وأنه بيت الراهب.

فحيث ما وضع فيه الإحياء كان ذلك له ولا يُراعى من الضرر [في هذا إلا ما فيه إبطال الجميع مثل أن يُعلّق عليه ماء النهر أو جُلّه أو يشرف فوق رابية⁽¹⁾] أو على سده على ما أعلمتكم ألا ترى سيل مهزور ومذنب في إمساك الأعلى في حائطه كله حتى يروي ثم يرسله على الأسفل فقد كان منشأ تلك الحوائط/ متفاوتاً بعضٌ بعد بعض فوق وأسفل فلم يكن يمنع من إنشائه فوق الأسفل مخافة حبس الماء عنه.

قال أصبغ : وكذلك إذا كان في إنشاء المنشئ الثاني منفعة لهما واعتمال لرحبتهما جميعاً. وإن كان عليهما فيه بعض الضرر أو على أحدهما فلا يُمنع المنشئ ما لم يكن في ذلك إبطال العمل الأول وفساد فاحش يطل عمله أو جلّه فيُمنع، وكذلك المصائد من شاء أن يصنع مصيدة فوق مصيدة صاحبه أو دونه فليس للسابق منع من بعده بأن يقول تُنفّر الصيد أو تصرفه عن مصيدي ما لم يضع مصيدته على رأس مصيدة الأول بحيث يقطع عنه الصيد كله أو أكثره وإنما هذا في المصايد فيما يبدو فيه أهل المصايد لحاجيتهم، فأما ما فضل عن حاجتهم فليس لهم منعه للناس أو يتحجرونه عليهم⁽²⁾.

قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون فيمن له المنصب في نهر يصيد فيه الحيتان أعواماً ثم شكوا جيرانه أن ذلك يضر بهم قال : لهم أن يمنعه وليس هذا مما يستحق بالحيازة على أحد ولا يضر به أحد، وقاله أصبغ، وهذه المسألة في العتية لعيسى ابن دينار في مثل هذا الجواب فيها.

(1) ما بين معقوفين ساقط من ص.

(2) في ب، أو يحجرونه عليهم.

في مناصب الأرحية ومياها هل تُقسَّم؟
وكيف بما لا ينقسم منها وهل فيها شُفْعَةٌ؟
وكيف إن اختلفت حاجتهم إلى مائها إذا اتفقت؟

من العتبية⁽¹⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم عن مناصب الأرحية في
171 ط الأنهار أُنْقَسِمَ؟ قال: نعم إذا انقسمت فكان فيما يصير للسهم / مُتَّفَعٌ
وَمُعْتَمَلٌ قلت: فإن لم تنقسم وأراد أحد الشريكين أو أحد الورثة العمل وضَعَفَ
الآخرون ما الحكم على من ضَعَفَ؟ قال: يُخَيَّرُ بين أن يُقَاوِمَهُ⁽²⁾ شريكه فيُجْعَلَ
لأحدهما أو يبيع معه إن ادعى⁽³⁾ أحدهما إلى البيع يُخَيَّرُ⁽⁴⁾ على أحد الأمرين وإن
دُعِيَ الضعيف إلى البيع وأبى المقاوِة إذ لا ثَمَنَ معه قال: يُجَبَّرُ شريكه على البيع
معه كان طالب البيع قوياً على العمل أو ضعيفاً واجداً للثمن أو معدماً، قال:
ولو باع أحدهما نصيبه وهي مما لا ينقسم فلا شُفْعَةٌ في ذلك.

قال ابن حبيب: سألت مطرفاً وابن الماجشون عن أنهار الأندلس وتشاح
أهل الأرحية عند نضوب مائها في أيام نضوبها وتقلصه هل يُساوَى بين الأعلى
والأسفلين في ذلك فقالا: إن الأنهار التي لم ينشئها الناس وإنما أخرجها الله
سبحانه ليست ملكاً لمن جاورها فتكون لهم المساواة فيها في قسمة مائها عند
الحاجة إليه وإنما هي كغياث المطر أولاهم به أقربهم من عنصره فهو المبدأ بالارتفاع
في الطحين والسقي حتى يروي شجره ويعمل أرحيته ثم يرسله إلى من تحته على ما
بَيَّنَ النَّبِيُّ ﷺ في سِيلِ مَهْزُورٍ وَمُذْنِبٍ على إرسال ما جاوز الكعبين إلى مَنْ

(1) البيان والتحصيل، 10 : 278.

(2) أن يقاويه شريكه: أن يغاليه في الثمن ليشتري الرحي من دفع منهما الأكثر يقال قاوِته إذا غلبته في
القوة فقوته أي غالبني فغلبته.

(3) أي دعا أحدهما.

(4) في الأصل، سقطت بعض النقط من الكلمة فصارت تحمل يجر ويغير وآثرنا كتابتها على ما هو
موجود في ب.

تحت⁽¹⁾ قلت لهما : فإن كان الأعلى إنما حاجته إلى الماء ليسقي الشجر دون
الأرجاء أو الأرجاء دون السقي والذي يليه مخالف له أو موافق قالوا : إن استوث
حاجتهما فالأعلى أحق به قبل أن تكون / حاجتهما إلى الطحين جميعاً أو للسقي
جميعاً أو حاجة الأعلى للسقي والأسفل للطحين. والأعلى في هذا كله مبدأ (على
الأسفل)⁽²⁾.

وإن كانت حاجة الأعلى للطحين والأسفل للسقي وكانت الشجر يأتيها من
الماء بعد تبدئة الأعلى لطحينها ما يحيا به شجر الثاني [ويؤمن معه موئها فالأعلى
مبدأ وإن كانت الشجرة لا يأتيها] من الماء شيء إذا بدأ به الأعلى وفي حبس
الأعلى إياه للطحين ييس شجرات الأسفلين التي إنما حييت على ذلك النهر في
أيام كثيرة فالأسفلون أحق بالماء في هذا من أرحية الأعلىين ويمنع الأعلىون من
حبس الماء وهذا في أصول حيث بذلك الماء قبل نضوبه وليس فيما يتبدأ عمله
من غراس الشجر ولا فيما يُنشأ كل عام من المباقل والمباطح وشبه ذلك.

قال : ومن كان من الخلع والسواقي التي تجتمع أهل القرى في إنشائها
وإجراء الماء فيها لمنافعهم من طحين أو سقي فقل الماء فيها ونضب في وقت نضوبه
فالأعلى والأسفل فيها بالسواء ويُقسَّم ذلك بينهما على قدر حقوقهم فيها بالغ ذلك
ما بلغ ليس مَنْ قَرَّبَ من عنصرها أولى بمن في أسفلها الأعلى قدر حقه منها
استوث حاجتهم فيها أو اختلفت، وقاله كله أصبغ، وبلغني أن ابن وهب وابن
القاسم وابن نافع سئلوا عن بعض ذلك فذهبوا هذا المذهب، وفي باب من أذن
لرجل أن يُجري الماء في أرضه إلى رحى يحدثها معنى من هذا الباب وبالله التوفيق.

(1) سبق التعريف بذلك عند ذكر هذين الوادين الموجودين بالمدينة وعند تخريج حديث إمساك الماء حتى

الكعبين الذي أخرجه من سنن ابن ماجه كتاب الرهون.

(2) زيادة من ص.

/ في نهر عليه أرحاء لقوم فأزالها وإل غاصب
 وبني جنبها مثلها ثم أنصف أهلها وإل بعده
 فابتاعوا النقص من ورثة الغاصب وأبقوها

من العتبية (1) سئل أصبغ عن سلطان اغتصب أرحاء قديمة على نهر وبني تحتها قريباً منها أرحيةً بنقضها (2) فأقامت نحو خمسين سنة أو أكثر منها يتداولها الأمراء ثم قام ورثة المغصوب منه بحقهم فألصقوا فقضي لهم به وأمر القاضي من كانت الأرحاء في يديه بقلع نقضهم من الموضع الذي أحدث فيه الغاصب الأرحية إذا لم يقيم لورثة المغصوبين بيّنة على نقضهم وإنما قامت لهم بيّنة على أصل أرحيتهم فأمر القاضي بهدم المحدث لقرها من الأولى فيشق على أهل الغاصب قلع نقضهم لما يلحقهم فيه من المؤنة فباعوا ذلك النقص من المغصوبة منه فلما صار له رأى أن يقره بحاله ويبيني بذلك الموضع أرحيةً من قبل أنه ليس لأحد أن يبيني فيه رحي لمكان ضرورته لموضع الأولى وأن هذا الموضع ليس لأحد وإنما هو نهر للمسلمين فبنى المغصوب منه أرحيةً بذلك الموضع وأنفق فيها أموالاً والإمام والقاضي وجميع الناس ينظرون إليه يبيني ويعمل حتى فرغ وأعملها سنيماً ثم أراد الإمام اليوم أن يُخرب عليه ما عمل فقال : هذا الموضع ليس لك فأقررت فيه أرحيتك بوضعها فوق هذا فقال له : لو شئت نقلتها قبل الغصب إلى ها هنا فعلت إذ ليس / ذلك بمملوك لأحد ولم يكن لأحد أن يبيني بهذا الموضع أرحاء لموضع الضرر بأرحيتي وأنا أحق بهذا الموضع ومع هذا إنك تراني أبني فلم تنهني.

173 و

قال أشهب : ليس لهذا الإمام نقضه عليه ولا التعرض له وقد أخطأ أولاً حين فسخه وعرض فيه لأنه لم ينقضه لنقض المغصوب منه بعينه إذ لم تثبت له بيّنة على النقص بعينه وقد صار هذا الثاني كمن أحيأ مواتاً فلا يماث حي بموات قد مات لا يقدر على إحيائه لأنه قد استعذر وصار مواتاً قد امتنع من الإحياء

(1) البيان والتحصيل، 10 : 330.

(2) في ص، ببعضها.

وإنما كان يجوز له أخذ النقص لو ثبت للأول فيه نقض معروف فيوجد قائماً لم يغير فينوم ربه فيه، فأما ما بَلَّيَ فأكله الماء فلا يُتَرَعُ وإن كان غصباً لأن لا يُتَنَفَعُ به وموضعه ليس لصاحبه فينازعه وإنما كان ينبغي للإمام أن يقضي في هذا للمغصوب بقيمة بنيانه ورحائه يوم هدمها الغاصب إن كان قد بليت الحجارة والنقض وفي مسألتك لم يثبت لهم نقضٌ قد حول فيقضي لهم بقيمتها على الفساد والقلع والنقض فإن كان قد ذهب مع ذلك بحجارتها بأمر مشهود عليه قضى له بالقيمة قائمة على أصولها وإن لم يذهب بما قُضِيَ له بما بين القيمتين ما نقض الهدم والفساد منها حية إلى وقت قلعها ميتة. فإن جهل هذا وأخطأ العمل به وفسخ وأمر بالقلع وقضى به فاشتره المغصوب وأقره وزاد فيه عملاً وبناءً فلا يعرض له ولا ينقض عليه.

ولا ينقض الإمام حكمه الماضي له به أنه وجه شبهة وإنما هذا بمنزلة ما / ما 173 ظ
لو قضى له فاشتره غيره وأرضى صاحبه المنقوض له وأقره لنفسه وزاد فيه فلا يُفسَخ ذلك على هذا المشتري لأجنبيٍّ ويصير كَمُحْيٍ مستأنفٍ لأنه كان له أن يحبيه لو كان معطلاً بغير إذن الإمام لأن ذلك سُنَّتُهُم في أنهارهم من أول الإسلام لأنها لهذا ولمثله من المنافع من قصائدهم وأرحيتهم ليست حمايةً ولا مساقٍ لغيرها من الأرضين ولا مصرف لها إلا لهذه المنافع فذلك لهم فيها وإن قَرُبَتْ من العمران.

قيل له : فإن كان القاضي جهل وجه الصواب فأمر ورثة الغاصب بقلع النقص وإخراص الأرحاء ولم يثبت عنده أن النقص للمغصوب منه وذلك بعد أن استعذر موضع الأول وطال زمان ذلك أو لم يطل فشق على أهل الغاصب قلعه وباعوا ذلك النقص من المغصوب فأقره ورأى أنه أحق بذلك الموضع إذ ليس لأحد أن يبيني فيه لقربها من الأرحية الأولى وأنفق في ذلك المشتري نفقةً عظيمةً ثم أراد الإمام منعه من ذلك وقال هذا الموضع النظر فيه إلّٰي. وقال ورثة الغاصب خُذْ نَقْضَكَ وَاثْقَلْهُ عَنْ مَكَانِنَا الَّذِي نَحْنُ أَوْلَى بِهِ ؟

قال أصبغ : إن كان ذلك المكان في برية الغاصب وفي أرضه فلورثته أن يدفعوا عنه المشتري ويؤمّر بنقل نقضه، وإن كان ذلك الموضع ليس ملكاً للغاصب ولا لغيره وإنما هو كالموات ولا قول فيه للغاصب ولا لورثته وقد أخطأ هذا القاضي فيما قضى به لأنه لم يقض النقص فيقضي للمغصوب فيه بعينه وإنما نقضه لموضعه المحدث عن الموضع / الأول لأن الأول قد مات ما كان أحياء وصار الثاني كمن أحيى مواتاً بعده وإنما كان الصواب ما أعلمتك فوق هذا، فإذا جهل القاضي وفعل ما ذكرت فليفسخ قضيته ما كان قائماً في سلطانه فإن زال عن سلطانه ثم ولي هو بعد ذلك أو غيره فلا سبيل إلى رده.

174 و

قال : وإنما يرجع في الذي حكم فيه ما كان في سلطانه ما لم يفت ذلك النقص ببيع فإذا فات بيع من المغصوب أو من غيره وحال الإعتمال فلا سبيل إلى فسخه ومضى على حاله لأن قضاء الأول بنقضه لم يكن بالجور المحض ولا الخطأ الشاذ وإنما هو مأخوذ بالاجتهاد والرأي فلا يُردُّ رأيي إلى رأيي وإن كان الآخر أحسن منه إذا فات الأول وزال من حكم به عن سلطانه.

وذكر ابن حبيب عن أصبغ هذه المسألة وفي سؤاله وأقامت في يدي ورثة الغاصب حتى أنصف ورثة المغصوب من حقه وثبت في ذلك البينة العدول⁽¹⁾ ما الحكم في ذلك ؟ قال : إن كان العهد حديثاً لم يطل زمانه ولم يندرس وكان المغصوب يمكنه إعادة أرحائه المهدومة فليحكم له أو لورثته بموضع أرحائهم ويُحرق عنهم سدّ هذه المحدثه حتى ينسرح الماء عن موضع المهدومة فيمكن إعادتها قال : وإن كان زمان ذلك قد طال ودثر أثر الأولى واستعذر وحال عن الإحياء الذي كان فلا أرى أن يُحرق سدّ المحدثه ولا يُمات إحياء ما تمّ لموات [ما حال]⁽²⁾ عن الإحياء وطال زمانه ولا أرى في الوجهين أن تُنقض هذه المحدثه وتُحرب وإنما يُحرق في سدها لينسرح الماء / ويستمر عن مواضع الأولى يمكن أهلها إحياءها. ولو ثبتت المحدثه بنقض الأولى وكان النقص قائماً فأهل الأولى أحق

174 ظ

(1) في ب البينة العادلة.

(2) ما حال ساقطة من ب.

بنقضهم يأخذونه وإن كان في ذلك هدم المحدثه وخرابها، فإن كان النقص قد بلي وأكله الماء حتى لو نُقِضَ لم يُتَنَفَّعَ به كبير منفعة لا يُنْقَضُ ولا يُخَرَّبُ فيه عمل الغاصب وتكون عليه قيمته كشيء قد فات.

قال : وإن لم يكن في خرق السد وحده إذا حُرق ما ينسرح به عن موضوع الأولى [إذا كان لعهد حديث يمكن المغصوب إعادة⁽¹⁾ الأولى ولا يمكنه ذلك إلا بهدم المحدثه فإنها تُهْدَمُ كان نقضها للمغصوب أو للغاصب ويُتَظَرُّ في الأرحية المهدومة فإن كان الغاصب حين هدمها نقل بعضها وذهب به ثم استعذر موضعها حتى لا يمكن إعادتها في قرب العهد أو بُعِده فعلى الغاصب قيمة الأرحاء يوم هدمها قائمة على أصولها لو بيعت يومئذ وإن كان حين هدمها وعدَّرها⁽²⁾ وأفسدها للأبد ترك نقضها ولم ينقله لنفسه فعليه ما بين قيمتها قائمة ومهدومة متروكاً نقضها بمكانه لصاحبها وإن كان يوم هدمها لم يعدر مكانها وقضى لصاحبها بإعدامها فإنما له ما بين قيمتها قائمة ومهدومة قيمة البنيان وحده لا يعتبر فيه بالقائمة.

وجه المعاملة بالأرحية وفي الرحاء بين الرجلين تُخَرَّبُ فيدعو أحدهما الآخر إلى العمل فيأبى أو يتعاملان فيها على ما يجوز أو لا يجوز

من العتبية⁽³⁾ قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في رجل كان له موضع /
رَحَى فأعطاه لرجل يعمل فيه رحى على أن للعامل غَلَّةٌ يوم وليلة من كل جمعة
يعمل على ذلك نحو ثلاثين سنة ثم علم بفساده قال : تكون الغَلَّةُ كُلُّهَا للعامل

(1) ما بين معقوفتين ساقط من ص.

(2) عَدَّر الدَّارَ : طمس آثارها.

(3) البيان والتحصيل، 10 : 289.

ويغرم صاحب الأصل كل ما أخذ من الغلة يغرم في الطعام مثل مكيَلته وفي العين مثل وزنه فإن لم يعرف مكيَله الطعام غرم قيمة خرصه ولا يغرم مكيَله الخرص ويغرم العامل لصاحب الأرض كراء ذلك الموضع لجميع السنين التي انتفع بها فيها فينظر كراء كل عام بقدر رغبة الناس فيه أو زهادتهم على النقد، ويقال لصاحب الأصل إن شئت أمرته بخلع النقض وإلا فأعطيه قيمته مقلوعاً وتكون الرحاء لك، وبعد هذا في آخر الباب خلاف هذا أراه من قول عيسى بن دينار.

قال يحيى : قلت : وإن كان للعامل في الموضع شرك فأحب أن يُقَرَّ عمله ويأخذ الغلة كلها حتى يستوفي قيمة العمل، قال إن كان الموضع ينقسم قيل له قاسم صاحبك فإن عملك في حظك واقلع ما صار في حظ شريكك وإن لم ينقسم قيل له إن اتفقتما على العمل وإلا أُجبر صاحبك على البيع ممن يعمل معك إن كره العمل فإن باع ممن يعمل معك أو أراد هو العمل غرم لك قيمة ما يصير عليه في حظه من نقضك مقلوعاً ثم يكونان شريكين في الموضع [والعمل وتقدر حقوقها] ⁽¹⁾ من الأصل.

قال سحنون : إنما يجوز هذا البيع بحال الضرر إذا كان البائع لا مال له ولو كان له مال جاز بيعه ممن يليه ⁽²⁾ باشتراط ولكان يُجبر على العمل على ما أحب أو كره، وكذلك الجارية يأذن لها سيدها / بالإحرام فتحرم ثم يطؤها أن عليه أن يُحجَّها فإن فليسَ باعها وجاز ذلك للضرر ثبأً ممن يُحجَّها ويُحط بذلك عن المشتري وكذلك ما يُشبه هذا.

ومن ذلك الأمة لها الولد الصغير يعتق السيد أحدهما فلا يجوز له بيع الرقيق منها إلا في فلس أو ضرورة فيباع في قول ابن القاسم ويُشترط على المبتاع ألا يُفرَّق بينهما؛ والبئر بين الشريكين إذا انهارت وعليها حياة فإن أوى أن يعمل يُجبر على أن يبيع أو يعمل.

(1) كذا في ب والعبارة في الأصل جاءت على الشكل التالي والعامل وتقدر حقوقها.

(2) في ب، ممن ينيه.

قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم في رحيٍّ بين ثلاثة قد خربت فقال الورثة لرجل منهم اعملها مناصفةً فإذا صَلَّحْتَ فلك النصف ولنا النصف ففعل قال : إن أرادوا نصف الغلة لم يجوز وإن أرادوا أن للعامل نصف الأرض ونصف البنيان فذلك جائزٌ إذا كان عمل الرحي محدوداً معروفاً، قال عيسى : إذا انهدمت الرحي فدعا أحد الشركاء إلى عملها وأبى الباقيون فإن من أبى يُجْبَرُ على أن يعمل أو يبيع ممن يعمل، كذلك قال مالكٌ وكذلك قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون عن مالك.

قال عيسى : فلو عمل بعضهم فلما تَمَّتْ وَطَحَنْتَ⁽¹⁾ قال مَنْ لم يعمل تُحْذُ نصف ما أنفقتَ وأكون على حظي معها قال : ذلك له فإن كان العامل قد اغتَلَّ منها غَلَّةٌ قبل أن يأخذ من أنفق فقد اخْتُلِفَ في ذلك فقال محمد بن إبراهيم بن دينار : يكون للعامل فيها بقدر ما أنفق وما كان له فيها قبل أن ينفق ويكون للذي لم يعمل بقدر ما بقي له من قاعتها وبقيّة سدها وحجارتها وما كان فيها من صلاح.

وقال لي ابن القاسم مرة : الغلة كلها للعامل حتى يعطي قيمة ما عمل كالْبَثْرِ / تغور فيقال لمن أبى العمل اعمل أو بع ممن يعمل فإن أبى وَخُلِيَ بينه وبين العمل وحده كان الماء كُلُّه له حتى يأخذ من الأجرة حصته من النفقة، وبهذا قال ابن بشير ثم قال لي ابن القاسم في الرحي خاصة له اما اغتَلَّ فيما أنفق فإن اغتَلَّ جميع نفقته رجع هذا في حظه ولا شيء عليه.

قال عيسى : والذي أقول أن تكون الغلة كلها للعامل وعليه للذي لم يُرِدْ كراء نصيبه من القاعة وما كان باقياً فيها من عمل فإن أراد أن يدخل معه فيما بنى دفع إليه ما ينوبه من قيمة العمل الذي عمل في الرحي قيمته يوم يدخل معه لا يوم عمل ولا قدر ما ينوبه من النفقة التي أنفق، وبلغني عن ابن وهب أنه قال

(1) في ب، وصلحت.

في الغلة كقول ابن دينار، وتفسير ذلك أن تُقَوِّمَ الرحى غير معمولٍ فيقال عشرة فتقوِّمُ بعد العمل فيقال خمسة عشر فيكون ثلث الغلة للعامل وثلثاها بينه وبين شريكه وعلى الذي لم يعمل ما ينوبه من أجر العمل في قيامه بغلتها ثم إن أراد الذي لم يعمل أن يدخل مع الذي عمل في الرحى أعطاه ما ينوبه من قيمة ذلك يوم يدفع ذلك إليه، وقال يحيى ابن محمد مثل ذلك كله. وقد سمعتُ ابن القاسم يقول مثل ذلك.

وسئل عيسى بن دينار عن له رحى قد خربت أو منصبُ رحى فِيرِيدُ أن يعامل رجلاً على عملها ما الذي يجوز من ذلك؟ قال: الذي يجوز فيه أن يقول له ابن لي رحى في هذه على صفة كذا بصخر كذا [أو أحجار كذا وخشب كذا فيصف جميع بنائها فإن تمت فنصفها لي ونصفها لك من أصلها أو جزء يذكرانه أو يقول له / ابن لي رحاي هذه على صفة كذا⁽¹⁾ أو أنفق عليها كذا وهي لك بذلك كذا وكذا سنة، فقال حسين بن عاصم مثله إلا أنه قال: ولا يجوز ذلك إلا في النهر المأمون. قلت أنظر؟ يعني يحيى بن يحيى وعيسى بن دينار.

قلت: فلو قال: اعمل رحاي هذه على صفة كذا فإذا تمت فغلتها بيني وبينك أو لك من غلتها يوم وليلة كل جمعة فعملاً واغتلاها على ذلك زماناً ثم علم بفساده قال: يكون للعامل قيمة ما أدخل في الرحى من شجر وأحجار وخشب قيمته يوم جعله فيها وله أجره فيما استغل في ذلك وقيمة عمل الآخر فيها وتكون الغلة كلها لرب الرحى ويرد إليه العامل ما أخذ منها من العين ومكيلة الطعام فإن لم يعرفوا مكيلة غريم قيمة خرصه لا مثل خرصه لأن رها وأجره العامل على عملها واشترى منه أدامتها⁽²⁾ بقدر كما لو قال له اعمل لي رحى في هذه فإذا تمت فلك نصف غلة رحاي هذه أو يوم من غلتها في كل جمعة أو لك ثمرة جناني هذه قبل أن يحل بيعها.

(1) ما بين معقوفين ساقط من ب.

(2) في الأصل وص، أدامها وفي ب، أدامها وهو ما أثبتناه.

قال يحيى بن محمد : سألت ابن القاسم عن ذلك فقال لي : تكون الغلة كلها للمعامل وعليه كراء قاعة الرحى وله⁽¹⁾ قيمة عمله منقوصاً. قال يحيى : والذي آخذ به أن يُعطى قيمة عمله قائماً تاماً.

قال ابن حبيب قلت لمطرف وابن الماجشون في الرحى بين الشريكين تخرب أنه يقال لمن أوى العمل اعمل أو بع ممّن يعمل قلت لهما : فإن عمل أحدهما بعلم صاحبه أو بغير علمه بعد أن أوى من العمل معه؟ فقال مطرف : تكون الغلة / كلها للمعامل وعليه لصاحبه كراء حصته من القاعة وباقي ما كان فيها من مصلحة ومؤنة فإذا دخل معه دفع إليه الأقل من قيمته اليوم ثابتاً⁽²⁾ أو قيمة ما أنفق، وقال ابن الماجشون : يَحَاصُّ نفسه بما اغتَلَّ فإذا تقاضى مثل نصف ما أنفق كانت بينهما نصفين قال : وهي عندي كالبيت⁽³⁾ بينهما يخرب فيبينه أحدهما فذلك سلف منه لصاحبه إن شاء صاحبه أعطاه نصف النفقة وقاصه بالغلّة والكراء وإن شاء أقر ذلك بيده حتى يستوفي من غلّته مثل نفقته ثم يكون بينهما.

ولو كانت الرحى أو البيت حُجُساً لم يُؤمَر الذي يأوى العمل بالبيع وقيل للآخر اعمل واستغلّ وحدك فإذا أعطاك شريكك مثل ما أنفقت كان شريكاً معك وإذا أمر بالعمل جُعِلَ معه أمينٌ يعرف قدر⁽⁴⁾ النفقة، قال ابن حبيب وقال ابن دينار وابن وهب : يكون للمعامل من الغلة بقدر ما أنفق فيها وما كان لها منا وللذي لم يعمل بقدر ما كان له من قاعته وما كان يعمل ثم ذكر مثل ما تقدم من التفسير، قال : ولابن القاسم فيها قولان أحدهما كقول ابن الماجشون والآخر كقول مطرف، وقال أصبغ كقول مطرف، وقول ابن الماجشون أحبُّ إليّ ولو حكم فيها حاكمٌ بأحد القولين ما أخطأ وكلاهما يحتمل القياس والله أعلم.

(1) كذا في ص وب والعبارة في الأصل، وله قيمة عمله منقوصاً.

(2) كذا في ب ووردت في الأصل ثانياً ولم تنقط في ص.

(3) في ص، والأصل كالثلث.

(4) في الأصل وص، يعرف هذا النفقة.

فيمن بنى رحى فأخرج [طرف] (1) سده (2)
 في أرض جاره على شرط له من الطحين
 وكيف إن وقع ذلك على ما لا يجوز ؟

177 ظ / من العتبية (3) قال عيسى بن دينار فيمن أنشأ رحى ماء فأخرج طرف
 سده في أرض جاره على أن يطحن لجاره فيها مُدَيًّا (4) كل شهر قال : ذلك جائز
 وإن لم يوقَّط للطعام أجلاً فلا يجوز فإن ترك ذلك فلصاحب الأرض قيمة ما ترك
 له من نصف الماء وإخراج السدِّ في أرضه وعليه لصاحب الرحي أجر ما طحن له
 على هذا الشرط إذا كان إنما تركه بيني ويُخْرِجُ سده في أرضه على أن يطحن له
 قال : ويسأل أن يقاسمه الماء لأن له نصفه وللعامل نصفه.

ولو باع صاحب الرحي رحاه قبل أن يفسخ هذا الشرط واشترط على
 المشتري أن يحمل شرط صاحب الأرض أو علم المشتري بذلك فاشترى ولم يشترط
 عليه ليعلمه بذلك قال : يفسخ شراؤه ويكون العمل بين مشتري الرحي
 وصاحب الأرض على ما فسرْتُ لك إلا أن يفوت الرحي فتلزمه القيمة، قال : فإن
 لم يعلم المشتري بذلك ولم يشترطه، قال : فالبيع جائز ويكون العمل بين المشتري
 وصاحب الأرض كما فسرنا.

قال عيسى : وإذا تشارحا فأخرج طرف سده في أرض قوم على أن لهم أياماً
 معلومة من الشهر فإن جعلهم شركاء في الرحي بعد أن يم بقدر تلك الأيام من
 الشهر وشرطوا للرحي عملاً موصوفاً ويكونون فيها شركاء وعليهم من إصلاحها إذا
 خربت والقيام بها مثل ما لهم من تلك الأيام فذلك جائز، وإن كان إنما لهم
 [غلة] (5) تلك الأيام فقط دون شيء من أصل الرحي لم يجز، فإن فات ذلك
 بإخراج السدِّ فيه فلهم قيمة أرضهم وعليهم أن يردوا ما أخذوا من الغلة.

- (1) (طرف) ساقطة من ب.
- (2) السدة جمع سدّ : باب الدار وما حول الدار من الرواق وتطلق على ما يجلس عليه كالنير.
- (3) البيان والتحصيل، 10 : 279.
- (4) المُدَيّ بضم الميم وسكون الدال : القفيز الشامي وهو غير المد ويجمع على أمداء.
- (5) سقطت من ب سهوا من الناسخ.

قال ابن حبيب قال ابن الماجشون : إذا أخرج سدّ الرحى في أرض / جاره على أن يطحن له أياماً معلومةً من كل شهر فإن سَمِيَ لذلك عدداً من سنين أو شهور أو سَمِيَ ما يطحن كل شهر فذلك جائز، فإن بطلت الرحى فأحب إعادة السد كما كان وإعادة الرحى فذلك له بما أعطى صاحبه من الثمن الذي وصفت، وإن كان بقي عليه منه شيء أئتمه له وإن لم يرد إعادته أصلاً كان موضعُ السد من أرض الآذِن راجعاً إليه ولم يكن للآخر أبداً ؛ لأنه لم يكن على وجه البيع بل على وجه الإرتفاق وجاز فيه الثمن استحساناً إذ هو ثمن غير مجهول. وإن كان بطلان السد وترك العامل إعادة عمله قبل استيفاء ذلك الطحين سقط عنه ما بقي عليه ولم يحمل المبيعة.

وأما إن عامله على طحين مجهول مثل أن يقول أطحن لك ما شئت وشبه هذا فيُحْمَلَان محلل البيع الفاسد فيُفسَخ قبل العمل ويُرَدُّ إلى قيمته إذا فات بالعمل، وقال مطرف [موضع السد للمأذون له أبداً وحمله محلل البيع، قال : وعليه إتمام ما بقي من الطحين]⁽¹⁾ قال أصبغ مثله، وقول ابن الماجشون أحب إلي.

قال مطرف وابن الماجشون في قوم لهم مخاضة فأراد رجل إنشاء رحى تحتها فيشترطون عليه إن متى ما أفسدت رحاه مخاضتهم فعمله مقلوع عليهم هل يجوز [له]⁽²⁾ بيع رحاه هذه على هذا الشرط فقالا : جائز إذا كان يوم بيعها لا يضر بتلك المخاضة [سواء اشترطوا ذلك عليه أو لم يشترطوا لأن المخاضة]⁽³⁾ طريق المسلمين وهي لو أفسدت المخاضة ثم رَضِيَ القوم بإقرار عمله لم يقرّ ولأنزل عمله عن المخاضة [لأنها لجميع المسلمين فالبيع جائز ومتى ما تغيرت عن المخاضة]⁽⁴⁾

(1) ما بين معقوفين ساقط من ص.

(2) كلمة له انفردت بها ب.

(3) ما بين معقوفين ساقط من ب.

(4) ما بين معقوفين ساقط من الأصل ومن ص وانفردت به ب.

من أجل رجاها وقامت بتلك بينة فُسِّخَ عمله ورجع مشترها بقيمة عيب ذلك إن كان لم يُعْلَمْه، وإن كان أعلمه فلا شيء عليه.

178 ط / قلتُ وما الذي يُعْلَمْه ؟ قال : يعلمه أنه أنشأ هذه الرحى على هذه المخاضة وهي بالقرب منها على ما يرى، وقال أصبغ مثله.

فيمن أذن لرجل أن يُجْريَ الماء في أرضه
إلى رحىٍ يحدّثها الطالب لذلك في أرضه
ثم يبدو له أو يدع الرجل ينتفع بعينه ثم يبدو له
وكيف إن غرس عليها بعلمه أو إذنه؟

قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون فِيمَنْ له أرض فيها منصب رحى ولا ماء له فيها وبينها وبين النهر أرض لجاره فيسأله أن يشق أرضه بالساقية إلى منصبه الذي يريد نصب الرحى فيه فيأذن له فيبني الرحى على ذلك ويجري إليها الماء في أرض جاره ثم يرجع الآذِنُ عن ذلك فقال : ليس له ذلك وهي عطية سماها عطية أو لم يسمّها ولا رجوع له استغنى عن أرضه أو احتاج إليها أراد بيعها أو لم يُرِدْ مات أو عاش. ما لم يُوقَّتْ لإذنه وقتاً أو يُسَمَّ (1) ذلك عارية. فإن وَقَّتْ فذلك إلى وقته وإن سمى عارية فله أن يرتجع عاريته إذا شاء بعد أن يكون المعار قد استمتع قدر ما تكون العارية التي مثله في مثل ذلك الشيء.

قالا : وإن كان الماء الذي أجراه في الساقية ليس من النهر ولكنه مما لصاحب الأرض الآذن لشقّها بالساقية فإذن له فذلك سواء في إلزامه، قال : نعم هي كالعطية والهبة ما لم يوقت أو يسمَّ عارية قالا : ولو كانت الأرض التي شقَّ فيها الساقية لمنشئ الرحى وكان الماء فقط للآذن فإذن له في ذلك ثم رجع / أذلك له ؟ قالا : نعم (2) ذلك له متى شاء ما لم يُسَمَّه هبةً أو يُسَمَّ له وقتاً من الأجل

(1) أو يُسَمَّ تحذف حرف العلة لأنه معطوف على قوله لم يوقت والتقدير ما لم يوقت لإذنه وقتاً أو لم يُسَمَّ عارية وفي النسخ كلها لم تحذف ياءه.

(2) هنا انتهت المقابلة من نسخة ب.

قلت : ولِمَ وقد قلتما إن مَنْ أرفق شيئاً من عينه لِيُنْشِئَ عليه عملاً أن ذلك له للأبد ولا رجوع له فيه ؟ قالوا : إلا أن يشاء الغرس على ما يؤذُنُ فيه من الماء يؤول إذا قطع عنه الماء إلى فساده وإبطال نفقته، وإنشاء بيت الرحي لا يؤول إلى فساد بقطع الماء وإنما تنقطع عنه منفعة كانت مزايلاً للبيت، وقال أصبغ : إذا له الرجوع في جميع هذا ما لم يكن هبةً تُسمَّى، وهو قول ابن القاسم، قال ابن حبيب : والأول أحب إلي.

قال أصبغ في عين لرجل في جنانه في سفح جبل لرجل تحته دار قد بناها وأسأل ساقيتها حتى أدخلها داره أو جنانه فكان يشرب منها ويسقي زماناً ثم أراد صاحب العين أن يحولها ويقطعها عنه من غير حاجة إليها. قال ذلك له : وإن غرس عليها هذا منتفعاً بها ما لم يأذُنْ له بذلك صاحب العين إذناً يبينه وليس عمله ونظره إليه بالذي يمنعه من القيام على حقه إذا أراد تحويله وإذا أذن له فأنشأ المأذون عليه غرساً فلا رجوع له فيما أذن فيه، قال ابن حبيب وقاله ابن القاسم وابن نافع، قال أصبغ : بعد أن يحلف صاحب الماء أنه أعلم ما كان تركه على الرضى بالإذن له والتخلية وإن لم يعلم فلا يمين عليه وله صرف مائه إلا أن يكون في ذلك الوقت في الشجر ثمرة يخاف عليها لصرف الماء عنها فيترك الماء إلى جذاذاها / وإن كان⁽¹⁾ زرعاً فألى حصاده.

179 ظ

قال مطرف وابن الماجشون في عين في قرية قوم تجري بنهر ومخرجها في أول أرضهم فينشئون عليها أرحية ويسيل الماء إلى من تحتهم من أهل القرى فيغرسون عليه الشجر وينشئون عليه الأرحاء فيكونون على ذلك زماناً طويلاً ثم يقل الماء عن الأسفلين حتى يجف شجرهم ويتشأخ فيه الأعلون قال : فليسق⁽²⁾ به الأعلون على ما يملكون من أصل الماء وأما الأسفلون الذين إنما يأتيهم فضل الماء فإنما يسقي الأعلى فالأعلى حتى ينتهي الماء حيث انتهى. قال : وسألت عن ذلك أصبغ فقال لي مثله.

(1) في الأصل، وأن يكون زرعاً فألى حصاده.

(2) في الأصل، فيسقون به الأعلون.

كتاب القضاء في البنيان

فيمن أذن لجاره في غرز خشبة أو فتح باب
أو طريق أو غيرها هل له الرجوع ؟

قال ابن نافع عن مالك في المجموعة وهو في سماع أشهب أن ما أمر به النبي عليه السلام من قوله لا يمنع أحدكم جاره أن يغررَ خشبةً في جداره⁽¹⁾ أن ذلك على وجه المعروف والترغيب في الوصية بالجار ولا يُقضى به، وقد كان ابن المطَّلِب⁽²⁾ يقضي به عندنا ولا أراه إلا دلالة على المعروف وإني منه لفي شك.

ومن غير المجموعة قال ابن القاسم : لا ينبغي له أن يمنعه من ذلك ولا يقضي عليه، قال ابن وهب عن مالك وهو أمر رغب فيه رسول الله ﷺ، قال ابن القاسم : وإذا أذن له فليس له أن يرجع فينزعه إلا لحاجة بين أن له بها عذرا ولم يرد / الضرر في نزع ذلك، فإن كان لغير عذر أو لغير حاجة إلا لما هاج بينه وبينه فليس له قلع ذلك. قال مالك : لا ينزعه إلا إذا احتاج إلى جداره لأمر لم يرد به الضرر.

(1) رواه البخاري في المظالم ومسلم في المساقاة وفي كتاب الجدار لعلي بن موسى التطيلي ذكر رواية له عن مالك عن ابن شهاب عن الأعرج عن أبي هريرة وكتاب الجدار هذا مفيد جدا في هذا الباب وقد حققه الدكتور إبراهيم بن محمد الفائز عضو هيئة التدريس في كلية الشريعة بالرياض.

(2) في ص، المطلب والصواب ما أثبتناه وهو عبد العزيز بن المطلب المخزومي المدني المتوفى قريبا من 170 هجرية.

قال ابن القاسم عن مالك في العتبية⁽¹⁾، فإذا أراد أن يهدم جداره ويتنفع به فذلك له، في كتاب آخر وإن أراد بيع داره فقال له نَحْ خَشْبِكَ والمشتري يريد ذلك قال : إن أراد بذلك الضرر لم يكن له ذلك.

قال ابن حبيب عن مطرف عن ابن الماجشون إذا أعار جاره جداره لحمل خشبه فليس له نزعها طال الزمان أو قصر احتاج إلى جداره أو استغنى عنه سواء مات أو عاش باع أو ورث إلا أن ينهدم الجدار ثم يعيده صاحبه فليس للمعار ها هنا أن يعيد خشبه إلا بعارية مبتدأ، وذكره عن مالك وعن غيره، قالوا : وقد جاء ألا يمنعه فقال مالك ذلك على التخصيص روي عن أبي هريرة ما روي فإذا أذن فلا رجوع له. قالوا : والإذن أن يبنى على خشب جاره تلك إن لم يضر بها ولا أفسد عمله قالوا : وكل ما طلبه جاره من فتح باب أو إرفاق بها أو مختلف في طريق أو فتح طريق في غير موضعه وشبه ذلك فهو مثل ذلك لا ينبغي في الترغيب والإرفاق منعه من ذلك مما لا يضره ولا ينفعه منعه، وليس مما يُقضى به.

قلت : فإذا أذن له في هذا هل له أن يرجع فيه ؟ فقالوا : ذلك مختلف أما ما أذن فيه مما يقع فيه العمل والإنفاق والمؤنة من غرز الخشب وبناء أساس جداره في حق الآذن والإرفاق بالماء من العيون والآبار لمن يُنشئ عليه غرساً أو يتدئ عملاً وشبه ذلك مما فعله ورده كما كان فساداً أو ضرراً فليس له ذلك صغرَتْ / المؤنة أو عظمت ولا رجوع له عاش أو مات باع أو ورث احتاج أو استغنى فهو كالعطية.

ولو أن الآذن اشترط يوم أذن أني متى شئت أن أرجع وأقطع ما أذنت فيه فعلتُ كان ذلك غير جائز لمشرطه، ولا يُقضى له به لأن هذا من شرط الضرر. والتغريب بالعامل بالشرط ساقط والإذن بعد العمل به نافذ وهو قبل العمل به على هذا الشرط غير نافذ قالوا : وما كان من ذلك لا يتكلف فيه كبير عمل ولا

(1) البيان والتحصيل، 10 : 257.

إنفاق، ومن فتح باباً أو فتح طريقاً إلى بناء الآذن أو أرضه أو إرفاق بماء لشفةٍ أو لسقيه شجراً قد أنشئت قبل ذلك ثم نصب مأوها أو غارت فهذا له الرجوع إليه أو يكون المأذن له في الطريق والمدخل والمخرج قد باع داره وشرط للمشتري ما أذن له فيه يعلم الآذن فيكون ذلك لازماً للآذن أبداً ولم يكن بنياناً تكون له فيه نفقة ومؤونة.

قال ابن حبيب وقال ابن نافع وأشهد في ذلك كله مثل قولهما، وقال أصبغ : ذلك كله عندي واحد ما تكلف فيه عمل وإنفاق وما لم يتكلفه فيه إذا أتى عليه من الزمان ما يكون إلى مثله يُعَارُ مثل هذا فله منعه إلا في الغرس فإنه لا يمنعه بعد ذلك، قال ابن حبيب : ولا يعجبني قوله.

قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون : وإذا كان الجدار لأحدهما فسأله جاره أن يأذن له أن يدعه يهدمه وينيه فيتقنه ليحمل عليه بنياناً ففعل فليمض ذلك للمرفق الثاني أبداً وليس لرب الجدار أن يرجع في ذلك ولا ينحى عنه بناءً لآخر وإن احتاج إلى جداره، وقاله أصبغ.

181 ر

/ في الجدار بين دارين لرجلين ينهدم
وهو لهما أو لأحدهما
هل يُجْبَرُ أحد على بنائه؟
وهل يُقَسَّمُ إن كان بينهما وأبى أحدهما؟
وهل لأحدهما هدمه ؟
وفي جدار الرجل ينهدم من نهر تحته لرجل

من المجموعة قال ابن القاسم عن مالك في جدار بين رجلين فسقط فإن كان لأحدهما لم يُجْبَرُ على بنائه ويقال للآخر استر على نفسك إن شئت وإن كان بينهما أملا بيني أو بيني مع صاحبه إن طلب ذلك.

قال عنه في العتبية⁽¹⁾ إن كان لأحدهما فهدمه ربه أو انهزم بغير فعله وهو قادر على رده، فترك ذلك ضرراً أُجبرَ على رده وإن كان لضعف عن إعادته عُذِرَ وقيل للآخر استر على نفسك فالبناء في حقه إن شئت. قال عيسى عن ابن القاسم في العتبية⁽²⁾ إن كان لأحدهما فسقط بأمر من الله لم يجبر أن يبنيه ولن شاء منهما أن يستر على نفسه في حقه، ولو هدمه للضرر جُبرَ على أن يعيده، وإن هدم لوجه منفعة أو ليعيده ثم عجز عن ذلك واستغنى عنه فإنه لا يُجبر على إعادته ويقال للآخر ابن في حقه إن شئت. قال ابن سحنون عن أبيه في سؤال حبيب قال : لا يُجبر ربه على بنائه إذا انهدم في قول ابن القاسم ويُجبر في قول ابن كنانة وبه أقول وأجمعاً أنه إن هدم للضرر أن يُجبر على بنائه. ذكر ابن عبدوس أن ابن كنانة يقول : إذا انهدم وهو لهما لم يُجبر أحدٌ على بنائه ومن شاء منهما أن يستر على نفسه فعل⁽³⁾.

قال ابن القاسم في العتبية⁽⁴⁾ والمجموعة إذا كان لأحدهما فطلب هدمه فليس له هدمه إلا بوجه يُعلم أنه / لم يُرد به الضرر. قال في المجموعة : فإن انهدم بغير فعله لم يُجبر على بنائه وإن كان بينهما قِيلَ لمن أبنى البناء إما أن تبني معه أو تبيع أو تقاسمه.

قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون : وليس لربه هدمه فإن فعل أمر بإعادته لأنه مضار، ولو قال إني محتاج إلى هدمه ولي في ذلك منفعة نُظِرَ في ذلك ؛ فإن تبين صدقه ترك على نفسه وأمر بإعادته للسُّترة التي قد حيزت عليه ولزمته، وقال أصبغ : له أن يهدمه لمنفعته أو لغير منفعة ويصنع به ما أحب، قال ابن حبيب ولا أقول بقوله قال يحيى بن عمر قال ابن القاسم : وإن خيف سقوطه قيل لربه هدمه ثم لا يُجبر على رده، قال ابن القاسم في كتاب آخر : إن هدمه

(1) البيان والتحصيل، 9 : 220.

(2) البيان والتحصيل، 9 : 392.

(3) في ص، فليفع.

(4) البيان والتحصيل، 9 : 392.

رُئِيَ لغير ضرورة لجاره ولكن كما يهدم الناس للحاجة يُتْرَكُ لم يُجْبَرْ على رده وإن أضرَّ ذلك بجاره قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون : إذا كان الجدار بينهما يملكانه وسقط فإنه يُجْبَرُ مَنْ أوى البنيان يبنى مع من طلبه وإن دُعِيَ إلى قسمه موضع الجدار فليس ذلك له وإن كان لأحدهما فقال ابن الماجشون : يُجْبَرُ رُئِيَ على بنائه، وقال مطرف : لا يُجْبَرُ، ويقال للآخر استر على نفسك فإن لم يقدر أو لم يجد وله عورة أُجْبِرَ رُئِيَ على بنائه.

وقال أصبغ عن ابن القاسم : لا يُجْبَرُ كان لها أو لأحدهما، وقال ابن حبيب يقول مطرف وقال أصبغ في قسمة الجدار : لا يُقَسَّمُ بينهما إلا عن تراضٍ منهما [مجردا كان أو حامدا ومن كتاب البنيان لابن عبد الحكم قال ابن القاسم : لا يُجْبَرُ أَحَدٌ] منهما على بنائه ومن طلب قسمةً وكان مما يُقَسَّمُ جُبر الآخر على القسم معه وإن كان لا ينقسم قيل له / إما أن تبنيه معه وإلا فَبِعْ معه، قال مالك : وإن بناه أحدهما ومنع صاحبه أن ينتفع معه حتى يُعْطِيَهُ النفقة فإنه يقال لمن لم يبن إما أن تأمره بهدمه ثم يبنيه معه وإلا فأعطه نصف قيمة البنيان منقوضاً ويبقى بينكما وليس لك أن تنتفع به حتى تفعل أحد هذين الأمرين.

182 و

من العتبية⁽¹⁾ قال ابن القاسم عن مالك في خليج لرجل يجري تحت جدار للرجل فجرى السيّل تحتها حتى انهدم فطلب رُئِيَ رب [الخليج] بنائه قال : يُجْبَرُ⁽²⁾ رب الخليج الذي أفسد حائطه على بنائه.

(1) البيان والتحصيل، 10 : 247.

(2) ما بين معقوفتين ساقط من ص.

في البئر أو البيت بين الرجلين ينهدم وفي العرصة بينهما يدعوا أحدهما إلى البناء في ذلك كله أو كان جنائناً فيدعوا صاحبه إلى تحظيره

من العتبية⁽¹⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في البيت أو البئر بين الرجلين ينهدم قال مالك : أما البيت وشبهه مما ينقسم فليقسما ثم بين من شاء في حظه، وأما البئر وشبهه مما لا ينقسم فيقال لمن أوى العمل إما أن تعمل مع شريكك أو تقاويه أو تباع ممن يعمل وإلا بعنا عليك حقل بمقدار ما يعمل به باقي حقل ولا يُمنع شريكك من النفع بحظه بهذا الضرر.

وقال مالك في كتاب ابن عبد الحكم في العرصة بينهما يطلب أحدهما البناء فلا يلزم ذلك صاحبه إن أوى ويُقال له : أما إن تبنيه معه وإلا فقايسمه، وقد ذكرنا في الباب الذي هذا عقيبه⁽²⁾ ذكر الجدار بينهما يأتي أحدهما من العمل إذا انهدم وتقدم في باب قبله ذكر البئر والعين يخرب أو ينقص ماؤها ومن الذي يلزمه العمل في هذا والذي يُقال له اعمل ولك فضل الماء حتى تأخذ / نصف النفقة من شريكك.

من المجموعة روى أشهب عن مالك في جنان بين رجلين لا جدار عليه فأراد أحدهما أن يغتسر فدعا شريكه إلى أن يُحظَر الجنان معه قال : ليس ذلك عليه.

ومن التنبيه⁽³⁾ من رواية يحيى بن يحيى وهو في المجموعة إلا أنه قال عن بعض أصحابنا في كرم بين أشراك تساقطت حيطانه فخيَّف عليه الفساد فدعا بعضهم بعضاً إلى إصلاح ما تساقط من جُدُرِهِ وأبى الآخرون فإن كان لكل واحد نصيب مُفَرَّرٌ معروف بالغلق يَجْمَعُهُمْ لم يُجَبَّرَ أحدٌ على العمل ولن شاء أن يُحظَر كَرْمُهُ

(1) البيان والتحصيل، 10 : 241.

(2) في ص، هذا عَقِبُهُ وفي اللغة عَقِبٌ كُلُّ شَيْءٍ آخِرُهُ.

(3) البيان والتحصيل، 9 : 247.

فعل وإن كان الجنان مشاعاً بينهم فلم يجتمعوا على العمل فإنه يُجْبَرُ على القسم من أباه إن دعا إليه بعضهم ثم شأن كل واحد بحصته ولو كان في الحائط ثمرة يُمنَع من القسم وفي ترك إصلاح ذهاب الثمرة وفساد الكرم فإن كانت الثمرة قد طابت قيل لمن أوى البناء حَظَرُ معهم أو بع حظك من الثمرة ممن يَخْصُنَا وإن كانت الثمرة لم تطب قيل لمن طلب التحضير إن شئتُم حَظَرُوا وكونوا أملك بحصة الآتي من الثمرة حتى تستوفوا ما أنفقتم فإن كان ما أنفقوا أكثر من ثمن الحائط لم يكن لهم عليه [غير⁽¹⁾] ما يَسْوَى الثَّمَر.

في الجدار سِتْرَة بين الرجلين يدعيه كل واحد منهما

من كتاب القضاء في البنيان قال عبد الملك بن الحكم وفي أوله سؤاله لابن القاسم قال : وإذا اختلف الرجلان في جدار بين داريهما كل يدعيه؟ فإن كان عقد بنيانه إليهما فهو بينهما يريد بعد أيمانهما وإن كان معقوداً إلى أحدهما ومنقطعاً من الآخر فهو لمن إليه العقد وإن كان منقطعاً منهما جميعاً فهو بينهما فإن كان لأحدهما / فيه كَوَى والآخِر لا شيء له فيه وليس بمنعقد إلى واحد منهما فهو لمن إليه مرافقه وإن كان فيه الكَوَى لِكِلَاهُمَا⁽²⁾ فهو بينهما وإن كان لأحدهما عليه خشب ولا عقد فيه لواحد منهما فهو لمن له عليه الحمل فإن كان لهما عليه الحمل جميعاً فهو بينهما فإن كان لهذا عشر خشبات وللآخر سبع⁽³⁾ قال : فهو على حاله ثم ليس لأحدهما أن يزيد خشباً على خشبه إلا برضاء صاحبه وإن انهدم فليَبْنِيَاهُ جميعاً ويردَّاهُ⁽⁴⁾ على حاله فإن أوى أحدهما البناء قيل له بغ ممن يبني

(1) (غير) ساقطة من ص.

(2) كذا ورد في الأصل وسياق اللغة يقتضي لكليهما قال الجوهري كلا في تأكيد الإثنين نظير كل في المجموع وهو اسم مفرد غير مبني فإذا ولي اسماً ظاهراً كان في الرفع والنصب والخفض على حالة واحدة بالألف تقول رأيت كلا الرجلين وجاء كلا الرجلين ومررت بكلا الرجلين فإذا اتصل بمضمر قلبت الألف ياء في موضع الجر والنصب فقلت رأيت كليهما ومررت بكليهما كما تقول عليهما وتبقي في الرفع على حالها.

(3) في الأصل، سبعة والصواب ما أثبتناه.

(4) في الأصل، فليبنياه جميعاً ويردانه وهو خطأ واضح.

يعني بَعْ دارك كُلُّها وليس يعني الجدار خاصة وكلُّ ما تقدم فمثله لسحنون في كتاب ابنه إلا أن يكون لأحدهما عليه حملٌ خشب ولا عقد فيه لأحدهما فقد اختلف فيه قوله وسنذكره بعد هذا.

ومن كتاب الإقرار لابن سحنون : وإذا كان حائط بين داري رجلين ووجه البناء لأحدهما وإلى الآخر ظهر البناء وليس لأحد منهما من العقد شيء فهو بينهما نصفان وإذا كان الباب في حائط فادعى رجلان كل واحد منهما يقول الباب لي والحائط وغلّق الباب إلى أحدهما فإنما يُنظَرُ في مثل هذا إلى الحياة ؛ فمن حاز الباب بالغلق فهو له والحائط ومن كان له ممرٌ قد حازه فله الممر وإن كان له غلقان كل واحد يلي غلقاً فهو بينهما نصفان.

ومن المجموعة وكتاب ابن سحنون قال أشهب : إذا كان عقده إلى أحدهما وللآخر عليه جذوعٌ قضى به لمن إليه عقده، وقضى لصاحب الجذوع بموضع جذوعه فإن انكسرت فله أن يجعل مكانها أخرى، قال ابن سحنون في كتاب الإقرار وقال أهل العراق : الحائط لمن له عليه الجذوع إلا أن / يكون اتصاله بالبناء اتصالاً يتربع بيته كله فيكون لصاحب البيت وللآخر حملٌ جذوعه.

قال أشهب في المجموعة : فإن كان عليه لهذا عشر خشبات ولهذا خمسٌ قضى بالجدار لمن إليه العقد وللآخر بموضع جذوعه وإن لم يكن معقوداً إلى أحدهما قضى به بينهما نصفين لا على عدد الخشب، ومن انكسر له منها شيء رد مثله ولا يكون لكل واحد منهما ما تحت خشبه، وقال نحوه سحنون في كتاب الإقرار لابنه وقال فيه : بعض أصحابنا⁽¹⁾ يقولون إذا كان الحائط لأحدهما عليه خشبة واحدة وللآخر عليه عشر خشبات ولم يكن معقوداً إلى أحدهما أنه يكون بينهما نصفين، وكذلك إن كان لأحدهما عليه عشر خشبات وللآخر عليه تسع ولكن لكل واحد ما تحت خشبه منه وقال من خالفنا : هو لصاحب العشر

(1) في الأصل، وقال فيه أصحابنا بإسقاط كلمة بعض.

خشباتٍ إلا موضع الخشبة الواحدة التي للآخر، وقالوا : إن كان لأحدهما عليه خمس خشبات وللآخر أربع فهو بينهما نصفين.

وقال سحنون في كتاب ابنه نحو ما قال أشهب ها هنا مما تقدم وزاد فقال : ولو كان عقده إلى أحدهما ثلاثة مواضع وعقده من ناحية الآخر من موضع واحد فإنه يُقَسَّم بينهما على عدد العقود وإن لم يكن معقوداً إلى أحدهما وكلاهما يدعيه ولأحدهما عليه حُشْبٌ معقودة بعقد البناء فذلك يوجب له ملكه، وقد قال قبل هذا إن ذلك لا يوجب له ملك الحائط فقيل له : لِمَ ذلك وقد قُلْتَ في حائط فيه لأحدهما كوى يعقد البناء وليس معقوداً إلى أحدهما إنه لصاحب الكوى ؟ فقال : نعم هو كذلك وعقد الخشب ملك يوجب المِلْكَ وأما الكوى المتقوية ففيها نظرٌ. قال أبو محمد يريد سحنون بالكوى/كوى غير منفردة لرفع الأشياء فيها مبنية من أصل بناء الحائط غير متقوية وأما كوى الضوء المنفردة فلا دليل فيها.

وقال محمد بن عبد الحكم : إذا كان لكل واحد منهما إليه عقدٌ فهو بينهما فإن لم يكن فيه عقد ولأحدهما عليه حمل خشبٍ ولو خشبة واحدة، قال : فهو له، فإن لم يكن عقد ولا حمل خشب وفيه كوى من جهة أحدهما يريد غير نافذة فهو لرب الكوى فإن لم يكن فيه شيءٌ من ذلك فهو بينهما وإن كان عقدة لأحدهما وللآخر عليه حمل خشب فهو لصاحب العقد [وعليه بناؤه إن انهدم ويرد الآخر خشبه فيه وإن لم يكن في أسفله عقدٌ لأحدهما وفي أعلاه عقدٌ لأحدهما فهو لصاحب العقد] ⁽¹⁾ وإن لم يكن لكل واحد منهما عقد وعليه حصير قصب لأحدهما فهو لمن له القصب والقصب والطوب سواءً، وكذلك بيتٌ من خشب. إذا كان القصب يُرَبِّطُ بعضُهُ إلى بعضٍ.

قال سحنون في كتاب ابنه في حائط بين بيتين أو حانوتين لرجل وعليه خشبهما لكل رجل حانوتٌ أو بيتٌ فادعاه كل واحد لنفسه وعليه فوق خشبهما حائطٌ لغرفةٍ لأحدهما والحائط الأسفل لمن إليه عقده مع يمينه وإن لم يعقد إلى أحد

(1) ما بين معقوفين ساقط من ص.

حلفا وكان بينهما وحائط الغرفة هو كالعقد فأحلف صاحبه ويكون الحائط له ويبقى للآخر عليه خشبه قال : وإذا كان حائطٌ فوق حائطٍ وعقد الأسفل إلى أحدهما وعقد الأعلى إلى الآخر قضيتُ بالأسفل لمن إليه عقده وبالأعلى لمن إليه عقده وكذلك في جواب سحنون لحبيب وقال في جوابه أيضاً : / إذا كان عقده إلى أحدهما وللآخر عليه حمل خشب سقوف معقودة بالبناء فالحائط لمن له العقد وللآخر حمل السقوف فإن أراد صاحب العقد أن يبنى على حائطه غرفة أو غيرها فليُنظر فإن أضر ذلك بحمل الآخر فليس له ذلك وإن كان لا يضره فله أن يبنى ما لا يضره عند أهل المعرفة.

وسأله حبيب عن حائطٍ عليه سُترَةٌ يتنازع فيه رجلان وهو بين دارهما وكل واحد يدعيه ويدعي السترة فيبعث أميناً من البنائين لينظره فذكر أن عقد الحائط الأسفل من الجانبين إلى واحد وعقد السترة من ناحية إلى صاحب الأسفل ومن ناحية إلى صاحبه ثم أقام عندي صاحب الأسفل ببينة أنه أعار لجاره هذا حائطه يبنى عليه هذه السترة قال : يقضي بقول البينة قال وإنما يُنظر في العقود في عدم البينة ولو كان عقد السترة من الجانبين إلى دار صاحب الحائط الأسفل هكذا وقع في الأم وأراه إلى دار الآخر الذي لا عقد له في الأسفل لأنه أُبطل حُكْمُ العقود بوجود البينة قال في جوابه فيكون كما شهدت البينة ولا ينفع العقد ولصاحب الحائط الأسفل أن يأمر صاحب السترة بنزعها يريد لأنها عارية.

قال سحنون في جوابه لشجرة في الحائط بين رجلين أراد أحدهما نقضه ليجدده وأبى ذلك صاحبه فقال : إن ثبت أن الحائط لأحدهما وخيف سقوطه فله إصلاحه وتبقى الأشياء كما كانت، وإن لم يثبت لأحدهما فإن الحائط إذا كان بين رجلين وخيف سقوطه فطلب أحدهما إصلاحه وأبى الآخر فبعض أصحابنا يرى لا يُجبر وبعضهم يجبره أن يُصلح أو يبيع / ممن يُصلح، وفي مسألتك أن على الحائط حائطاً فهذا إن خيف عليه والأسفل بينهما يُجبر على إصلاحه وإن كان لصاحب الأعلى جبرٌ على إصلاحه.

قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون في الجدار بين داري الرجلين يتداعيان⁽¹⁾ فإن كان فيه ربط لأحدهما فهو له ولا يُلْتَفَتُ إلى الخشب إن كانت عليه لأحدهما فإن لم يكن فيه ربط لأحدهما فهو بينهما نصفين بعد أيمانها فإن حلقا أو نكلا فهو بينهما فإن نكل أحدهما فهو لمن حلف، ولو قال هذا هو لي كله وقال الآخر هو بيني وبينك فقال مطرف : يكون لمدعي الكل ثلثاه و لمدعي النصف ثلثه إلا أن يعرف أحدهما أن للآخر فيه شيئاً فيكون له ثم يكون ما بقي بينهما على ما قلنا في جميعه.

وقال ابن الماجشون سواء حُدَّ له منه ناحية أو لم يَحُدَّ فإن القائل لي نصفه لا دعوى له في النصف الآخر فهو لمدعي الجميع ويُقَسَّمُ النصف الباقي بينهما فيكون بينهما أربعاً لهذا ربه ولهذا ثلاثة أربعاه وذلك كالدعوى في شيء غيره كان ذلك في أيديهما متشبهين به أو لم يكن في أيديهما فقول مطرف فيه على قول مالك وقول ابن الماجشون على قول ابن عبد العزيز وبه قال ابن القاسم وقولنا على قول مطرف، وهذا قول مالك والليث وابن كنانة وأشهب وابن وهب.

في الجدار بين الرجلين هل لأحدهما أن ينتفع به بغير إذن الآخر وكيف إن كان لأحدهما هل يحمل عليه ما يضر بالآخر ؟

قال ابن حبيب : سألت مطرفاً وابن الماجشون عن الحائط يملكه الرجلان فريد أحدهما أن يحمل عليه ما يمنع / صاحبه من حمل مثله عليه إن احتاج إليه ¹⁸⁵ بعده إلا أن يأذن له في ذلك وإن كان ما لا يمنع صاحبه أن يحمل مثله إذا شاء مثل حمل سقف أو خشب يغزرها لحاجته فإن ذلك له وإن لم يأذن له صاحبه، ولو كان لأحدهما فأراد ربه أن يحمل عليه سقفاً يسيل ميازيه على صاحبه فليس ذلك له إلا أن يأذن صاحبه وإن لم يَضُرَّ به. قلت : فلو كانت دار صاحبه

(1) في الاصل، كتبت بحذف نون الرفع.

واسعة لا يضرها سقوط الميازيب ؟ قالوا : ولو كانت أوسع من السكة ولو أراد ربه أن يهدمه ليقدمه إلى داخل داره لينصب ما سقفه في موضع الجدار الأول ثم يسيّله خارجاً، قال : ليس ذلك له لأن ذلك يضر بجاره ويعذر داره وإن كان لهما فأراد أحدهما أن يبنى عليه قبل صاحبه بنياناً لا يمنع صاحبه من حمل سيّله إن احتاج إلى ذلك وكان الجدار يضعف عن حمل ما يريده فأراد أن يهدمه ويبنيه يحمل عليه ما يريد قالوا : ذلك له وليس للآخر منه ويكون الجدار بينهما كما كان، وقاله أصبغ كلّه.

ومن كتاب البنيان عن عبد الله بن عبد الحكم وأوله سؤاله ابن القاسم : وإذا كان الجدار بينهما وهو في سُفْلِي فطلب أحدهما من صاحبه إذا بنى معه أن يرفع بناءه حتى يكون سُترةً لغرفة الآخر بينهما فليس ذلك عليه إن أئى وليس لأحدهما أن يحدث على الجدار شيئاً بغير إذن شريكه فيه ولا يكلف ها هنا أن يبنى معه أو يبيع كما يكلف في الجدار بينهما يُهدَم.

ومن كتاب ابن سحنون من سؤال حبيب سحنوناً عن الحائط بين الرجلين وهما مُقرَّان بذلك ولكل واحد منهما عليه خشب، وخشب أحدهما أسفل من الآخر فأراد رفعها وأخذ خشب صاحبه / فمنعه قال : ليس له أن يمنعه فإن أنكر الذي خشبه أعلى أن يكون لصاحب الخشب الأسفل من فوق خشبه شيء قال : القول قوله، يريد مع يمينه، قال : لأنه حائز ما فوق خشب الأسفل، يريد ولا عقد في ذلك الزائد للأسفل.

في السفلي يكون لرجل والعلو لآخر
ما الذي يكون على رب السفلي من مرافق العلو
وكيف إن اعتل السفلي وعلى من التعليق
وكيف إن انهدم ؟

من كتاب البنيان لابن عبد الحكم قال ابن القاسم وهو في العتبية⁽¹⁾ عن ابن القاسم عن مالك في السفلي لرجل والعلو للآخر فأعتل السفلي فإن إصلاحه على صاحب السفلي وعليه تعليق العلو حتى يصلح سفليه لأن عليه أن يجعله إما على بنيان وإما على تعليق وكذلك لو كان على العلو علو فتعليق العلو الثاني على صاحب الأوسط في إصلاح الأوسط، قال مالك : وعلى رب السفلي الخشب والجريد وذلك ما يُقَوِّمُ عليه في القسم.

ومن العتبية⁽²⁾ قال سحنون : إذا خيف على حيطان السفلي الضعف فليهدم السفلي ربه وينييه وعليه تعليق العلو. ومن المجموعة قال ابن القاسم عن مالك : وإذا كانت لرجل منازل بعضها فوق بعض فانهدمت فليبين الأسفل منزله ثم يبنى كل رجل منهم منزله، يريد إلا أعلاهم فإن شاء بنى وإن شاء ترك. قال مالك في كتاب البنيان المذكور فإذا انهدم السفلي وفوقه علو وفوق العلو علو فعلى رب السفلي بناؤه وعلى الأوسط بناء غرفة حتى يبنى عليها الثالث علوه.

قال سحنون في كتاب ابنه وهو لأشهب : وإذا انهدم السفلي / والعلو جبر صاحب السفلي على بنائه وليس على صاحب العلو أن يبنى السفلي من البناء قيل له بئع ممن يبنى وقد تقدم في باب آخر في الحائط بينهما يُهدمُ فيأى أحدهما من العمل فإن كان مضاراً أُجبر على البناء مع صاحبه.

(1) البيان والتحصيل، 9 : 178 .

(2) البيان والتحصيل، 9 : 179 .

ومن العتبية⁽¹⁾ قال ابن القاسم عن مالك في سقف السفلى ينكسر فعلى صاحب السفلى إصلاحه وعليه الخشب والجريد وكذلك في انهدامه.

ومن كتاب ابن سحنون عن أبيه وهو لأشهب : وإذا أراد رب السفلى أن يهدم السفلى وأراد صاحب العلو أن يبنى علوه فليس لصاحب السفلى أن يهدم السفلى إلا من ضرورة ويكون هدمه إياه أرفق بصاحب العلو لئلا يهدم ويكون ذلك لئناً فيفسد عليه طوبه وينهدم بانهدامه العلو وليس لرب العلو أن يبنى على علوه شيئاً لم يكن قبل ذلك إلا الشيء الخفيف الذي يتبين أنه لا يضر بصاحب السفلى فإن كان ما يبنى مضراً مُنِعَ، وكذلك لو انكسرت خشبة من سقف العلو لأدخل مكانها خشبة ما لم يكن أثقل منها ثقلاً يخاف ضرره على صاحب السفلى فيمنع وإلا لم يمنع.

ومن العتبية⁽²⁾ قال أصبغ قال أشهب وباب الدار على صاحب السفلى.

ومن كتاب ابن عبد الحكم عن ابن القاسم قلت : فعلى من السلم فإن صاحب السفلى قال : ليس عليّ أن أجعل لصاحب العلو طريقاً ؟ قال : هو بينهما على صاحب السفلى إذا كان له علوان يبلغ به علوه ثم على صاحب العلو الأعلى ما أدرك العلو الأول إلى علوه، وأعرف في غير هذا الكتاب لبعض أصحابنا أن على صاحب السفلى بناء السلم إلى حد العلو فإن كان ثم علواً آخر فعلى صاحب العلو الأول من بناء السلم من حدّ علوه / إلى أن يبلغ به سقف علوه الذي عليه علوه الآخر.

(1) البيان والتحصيل، 9 : 178.

(2) البيان والتحصيل، 9 : 283.

في كنس المرحاض بين دارين أو بين علو وأسفل وقمامة السفلى على من تكون وعلى من بناء المرحاض ؟

من كتاب ابن عبد الحكم قال ابن القاسم : وبناء المرحاض على صاحب السفلى إلى السقف وعليه كنسُهُ.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال أشهب : وبناء المرحاض على صاحب السفلى لأنه بئرُه ولصاحب العلو أن يُلقِيَ فيه سُقَاطَتَهُ وأن يرفُقَ به فهو كسقف السفلى، وقال ابن وهب وأصبغ : كنسُهُ بينهما على قدر الجماجم من كثرة العيال وقتلهم والمستعمل، وقال لنا أبو بكر بن محمد : أما إن كانت فيه البئرُ لصاحب السفلى فالكنسُ عليه، وإما إن كان لرب العلو رقبَةُ البئرِ ملكاً⁽²⁾ فالكنسُ عليهما على قدر الجماجم، قال عبد الله : خرج عن قول ابن القاسم وعن قول ابن وهب، أما على قول ابن القاسم : فإن كان رب العلو في رقبته البئرُ ملكاً فعليه من الكنس بقدر ملكه فيه، وابن وهب لا يسأل عن الرقبة ويجعل الكنس على من انتفع، وأخذ بعض متأخري أصحابنا ممن ولي الحكم بقول ابن وهب إذا كان البئرُ محفوراً في الفناء، وإن كان البئرُ محفوراً في رقبه الدار فالكنس على من له رقبَةُ الملك.

قال أصبغ في العتبية⁽³⁾ قال أشهب : وكنس تراب القاعة السفلى على صاحب السفلى، قال أصبغ مما لم يطرحه رب العلو وليس لرب العلو أن يطرح فيها شيئاً ولا في ناحية منها حتى يجتمع. وقاله أشهب وقال : إلا أن يكون له شرط في القسم أن له الانتفاع بقاعة السفلى، قال عبد الله : ويجري القول في المرحاض بين دارين نحو / القول في العلو والسفلى فيمن له رقبه البئر وليست له وعلى الاختلاف في ذلك.

187 ط

(1) البيان والتحصيل، 9 : 284.

(2) في النسختين معاً، ملك بالرفع.

(3) البيان والتحصيل، 9 : 283.

فيمَن له رُفٌ خارجٌ على جاره هل يسقُفه؟
 وإذا بنى جاره هل يبنى فوقه؟
 وفيمَن خرج بنيانه في هواء جاره
 وهل له أن يطر⁽¹⁾ حائطه من دار جاره؟

ومن كتاب ابن سحنون من سؤال حبيب لسحنون وعن رُفٍ بحطور خارجة
 لرجل إلى دار جاره ولا قصب عليه فأراد أن يضع عليه القصب فمنعه جاره
 قال : فليس له منعه وإنما وُضِعَت الحطورُ لهذا وعن له رُفٌ خارجٌ لدار جاره
 فبنى جاره جدار الرف فأراد أن يُعلِّي بناءه على الرف قال : ليس له أن يبنى فوقه
 لأن صاحب الرف قد ملك سماءه.

ومن العتبية⁽²⁾ روى عيسى عن ابن القاسم فيمَن بنى بناءً مستعلياً فعوجه في
 العلو لو عوجه إلى بناء غيره ثم بنى الذي له الهواء في أرض نفسه فعارضه العوج
 الذي خرج به إليه جاره قال : يهدم كل ما خرج في هواء غيره كان ذلك مما
 تعظم فيه النفقة أو تقل. قال ابن سحنون وقال سحنون في جواب حبيب فيمَن
 أراد أن يطرَّ حائطه من دار جاره فمنعه قال : ليس له أن يمنعه أن يدخل داره
 فيطرَّ حائطه وكذلك لو قلعت الريح ثوباً عن كتفي رجل فألقته في دار رجل لم
 يكن له أن يمنعه أن يدخل فيأخذه أو فيخرجه إليه.

في الجب في أرض رجل وبابه في أرض آخر فتداعياه
 والعلو بابه إلى غير من له سُفْلِيَّة

من العتبية⁽³⁾ مما رُوِيَ عن ابن القاسم وذكره في المجموعة قال وقال غيره
 فيمَن وجد جُباً في أرضه وباب الجُبِّ في أرض غيره / قال : الجُبُّ لمن الباب في

(1) طَرَّ بنيانه يطرُّه : إذا جَدَّه.

(2) البيان والتحصيل، 9 : 222.

(3) البيان والتحصيل، 9 : 216.

أرضه لأن منفعته له وهو حفظه وكذلك العلو لرجل والسفلي لآخر وباب ذلك العلو إلى ناحية أخرى فليس بالعلو يستحق السفلي فالجُبُّ لصاحب الباب ومثله عليه لصاحب الأرض، وقال في غير هذا الكتاب من سماع عيسى وهو في كتاب العتق أن لكل واحد في الجُبِّ أن يأخذَه من أرضه ويتنفع به ويسدُّ ما بينه وبين صاحبه ولا يستحقُّه بالباب.

ومن المجموعة قال سحنون : إن كان جُبًّا واحداً لا يستغني بعضُه عن بعض فهو لصاحب الباب وإن كان له عيابات تستغني عن الذي فيه الباب فذلك لصاحب أعلى الأرض دون صاحب الباب.

في قناة ظاهرة الأمر بالبناء إلى بئر في رانقة فأراد من أصلها في داره أن يُجْرِي فيها ثَقْلَ مرحاضه فمنعه أهل الزقاق

قال ابن سحنون وسأل حبيب سحنوناً عن رانقة⁽¹⁾ غير نافذة فيها أبواب لقوم ودبر دار رجل إليها ولا باب له فيها ويلصق داره في الرانقة كنيّف محفور مطوي قديم ويخرج إليه من داره قناة مبنية إلا أنها لم يجر فيها شيء منذ دهر فأراد الآن أن يُخْرِجَ فيها العِدْرَةَ إلى هذه البئر فمنعه أهل الرانقة قال : ليس لهم منعه إلا أن يدعو في رقبة البئر فيكشف عن دعواهم وإلا فالبئر لصاحب الدار بهذه الرسوم الظاهرة. قال : ولو أن هذا مُشْتَرٍ من غيره لكان له من ذلك ما كان لبائعه.

(1) من مادة رنق يقال رنق الماء كدر ورنق الماء كدره والرنق تراب في الماء من القذى وغيره والرنقة الماء اختلط فيه الطيب والماء القليل الكدر يبقى في الحوض.

فيمَن أذن لجاره في بناء حائطه على أن يحمل فيه

من كتاب ابن سحنون من سؤال حبيب في رجل أعطى لجاره أرض حائط / له وتراباً على أن يبنى للآخر ذلك بطوب من عنده ومن عنده النفقة فإذا تم الجدار حمل كل واحد منهما عليه ما شاء، قال سحنون : لا يجوز ذلك لأن الحمل ليس لأجل معلوم ولا سَمَّى كل واحد ما يحمل فعلى صاحب القاعة والتراب أن يعطي لصاحب الطوب والعمل قيمة طوبه وعمله ويكون له الحائط.

في الجدار أو الغرفة يخاف سقوط ذلك

من المجموعة سئل ابن كنانة عن جدار مائل يخاف عليه السقوط قال : يبعث الإمام إليه عدولاً ينظرونه فإن رأوه مخوفاً أمر الإمام صاحبه بإصلاحه فإن ضَعُفَ عن إصلاحه وكان عديماً خبره على بيعه ممن يصلح، قال عبد الله : يريد بائع الدار وهو مُفسَّرٌ في غير هذا الموضع. قال ابن سحنون وسأل شجرة سحنوناً فيمَن شكَا إلى الحاكم أن لجاره غرفة مائلة أو حائطاً فقال : إن كان ذلك مخوفاً ببناء فائق الضرر عن الناس غاب صاحب الحائط أو حضر.

في دار خربة بين أظهر قوم كثير فيها الزُّبُلُ أضر بمن جاورها على مَنْ كنسُهُ ؟

قال ابن سحنون وسأل حبيب سحنوناً عن خربة لرجل بين دور يلتقى فيها الزُّبُلُ لا يُدرى مَنْ يلقيه فقام جار الخربة على رها فيما أضر به الزُّبُلُ لحائطه فقال رها ليس ذلك من جنائتي وأنا أشتكي ذلك وثبت عند الحاكم أن ذلك مضر بحائط الجدار فتفكر فيها طويلاً وذكر نظائر لها فقال : قد يقع جدار الرجل فيسد على الرجل مدخله ومخرجه فذكر سقوط الحائط السَّتْرَةِ والاختلاف فيه ثم قال : أرى أن على / صاحب الخربة نزع الزُّبُل الذي أضر بجاره.

وقال سحنون في موضع آخر من كتاب ابنه في الزَّيْل يجتمع في خربة لقوم أو في فلاة فيضّر بالناس أن على جيران الموضع كنّسه يؤخذ به الأقرب فالأقرب على الإجهاد قال عبد الله : يريد لأن الغالب من الأمر أنهم يلقونه فيها.

في الدار يُخاف سقوط جدارٍ منها وقد أوصى بسكنائها لرجل حياته على مَنْ إصلاحه ؟

قال ابن سحنون سأل حبيب سحنوناً عن دار أوصى فيها رجل لرجل بسكناء حياته ثم مرجعها إلى ورثته فاعتلّ فيها حائطٌ وقال أهل النظر إنه يخاف من سقوطه وقام في ذلك جاره الذي يخاف من سقوطه عليه قال : يؤمّر هذا الموصى له بإصلاح الحائط فإذا تم أجل السكّنى لم يأخذ الورثة الدار حتى يدفعوا إليه قيمة الحائط قائماً إلا في قول ابن القاسم فإنه يقول في مثل هذا : يؤدّي قيمته منقوضاً يأخذ ذلك ورثة الموصى له وإن كان السكّنى إلى مدة فانقضت أخذ ذلك الموصى له.

في السفلى لرجل والعلو لآخر فيرفع الطريق على السفلي ويضيق مدخله أو تعذر خروج الماء وهو ماء يجري من دارٍ إلى دارٍ وعن تراب نقله المطر فردم به

قال ابن عبدوس فيمن له سفلي ولآخر علو فاحتاج صاحب السفلي أن يردم لأن سفليه عليه الطريق وضاق عليه مدخله ومخرجه أن صاحب العلو مخير أن يرفع صاحب العلو في هوائه وبنائه ممن يدفعه إليه، وقال أيضاً في قناة لرجل تجري على آخر فاحتاج الذي / تجري عليه القناة إلى ردم داره لأن الطريق بنت عليه ورفع ما يضر بالأول قال فإن له أن يرفع ويردم داره ويقال لصاحبه ارفع إن

شئت وإلا فلا شيء لك، قال أبو بكر بن اللباد : القياس ألا يرفع الثاني ولا يردم إلا تطوعاً من الأول لأن رفعه يضر بالأول. قال عبد الله : إنما يصح قول أبي بكر إن كان للماء منعه في الإقامة بإصلاح يسير وأما إن تفاحش الأمر فقول ابن عبدوس صحيح.

قال يحيى بن عُمر في تراب لقوم في موضع فنقله المطر من موضع إلى زقاق لقوم فسدّ عليهم مخرج مائهم قال : يقال لصاحب التراب خذ ترابك وانقله إن أحببت فإن أذى قيل للذي سدّ عليهم زقاقهم اطرحوه إن شئتم قيل ولا يُجبر صاحب التراب على نقله إن قال لا، وقد تقدم في باب المزلة لسحنون ما يُشبهه هذا وسحنون يرى في المزلة على رب الدار نزعه وكذلك ينبغي في التراب والله أعلم.

تم كتاب البيان والمرفق
وبتمامه تم الجزء الرابع عشر
بحمد الله وعونه

ويتلوه في الخامس عشر إن شاء الله تعالى
الجزء الأول من كتاب الشفعة
والحمد لله رب العالمين
وصلواته على سيدنا محمد وآله وسلم

الجزء الأول من كتاب الشفعة

ذكر ما فيه الشفعة من الأموال وما لا شفعة فيه

من كتاب ابن المواز، قال مالك : إنما الشفعة في الأرض وما يتصل بالأرض، من ثمر، أو نبات. قال عنه أشهب في المجموعة إذا لم يرثاها، وذلك أنه يُقسَّم بالحدود، كما تُقسَّم الأرض، ولما يلحق الشريك من ضرر دخول المبتاع.

قال مالك : كل شريك في ثمرة من ساق أو غيره فله فيها الشفعة. وقاله ابن القاسم.

ومن العتبية (2) قال ابن القاسم : فإن احتج الشفيع (رجع على أخذ ذلك منه بشفعته) (3). قال عيسى : ويرجع المشتري على ما باعه. قال ابن القاسم، عن مالك : وفي ثمرة العنب الشفعة. قال ابن القاسم : والمقاني عندني كالأصول فيها الشفعة، لأنها ثمر، ولا أرى في البقول شفعة.

(1) هنا يتدئ الجزء الخامس عشر من تجزئة أيا صوفيا وفيه من الكتب الكتاب الأول من الشفعة والكتاب الثاني منه وكتاب القسم وكتاب الوصايا الأول وكتاب الوصايا الثاني.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 64—69—104.

(3) العبارة وردت في ع على الشكل الآتي : رجع على من أخذ منه الشفعة.

ومن كتاب ابن المواز، قال مالك : الشفعة في الثمرة، وما علمت من قاله قبلي. وقال ابن الماجشون : لا شفعة في الثمار، قال محمد : وقول مالك الصواب ما لم تبيس إن كان الأصل بينهما. وقال أشهب : للشريك الشفعة في الثمر، كان الأصل لهما أو لم يكن لهما غير الثمر، وكذلك لو كان الأصل لواحد، فباع الثمرة أو نصفها لرجلين، فالشفعة بينهما دون رب الأصل.

وفي المدونة عن مالك مثل قول أشهب هذا، كانت الثمرة بينهما بحبس أو غيره.

وقال أشهب في موضع آخر، من كتاب ابن المواز : / [إذا اقتسما]⁽¹⁾ 2
الأصل دون الثمرة ثم باع حظه من الثمرة بعد الطيباب فلا شفعة فيها بعد قسمة الأصل والثمره ها هنا كالبر.

قال ابن القاسم : في الثمرة الشفعة، قال أشهب : ولو لم يقتسما شيئاً فباع نصيبه من الأصل دون الثمرة أو العين ثم باع نصيبه من الثمرة أو العين فلا شفعة للشفيع في ذلك كان قد أخذ الأصل بالشفعة أو ترك، وقال ابن القاسم : له الشفعة في الثمرة ولا شفعة له في العين والبئر ولا لمشتري حصته في الأرض إن لم تُؤخذ منه الأرض بالشفعة، ومن المجموعة قال أشهب عن مالك فيمن جعل لرجلين ثمر نخلتين على أن يابّر له حائطه فباع الآخر ثمرتهما فلا شفعة فيهما، قال ابن نافع : وهي أجرة فاسدة، وله أجر مثله في إباره.

قال ابن القاسم عن مالك من باع نصيبه من نخلة أو شجرة فلا شفعة لشريكه فيها، قال في رواية ابن المواز وإن بيعت بثمرتها، وقال ابن حبيب عن مطرف : لا شفعة في شجرة، وقال ابن الماجشون : فيها الشفعة لأنها من الأصول، وقال به أشهب وأصبع وابن حبيب، ومن كتاب ابن المواز وقال أشهب : لا شفعة في كل ما لا يصلح فيه القسم، [وقال ربيعة : لا شفعة فيما

(1) ما بين معقوفين ساقط من الأصل مثبت من ع.

لا قسمة فيه بين أهله، قال مالك : ولا شفعة في طريق ولا في عرصة دار وإن صلح في ذلك القسم، ولا في حيوان ولا رقيق، قال عنه ابن وهب في المجموعة وما لا يصلح فيه القسم⁽¹⁾ فلا شفعة فيه، قال ابن القاسم وأشهب : ولا في سارية ولا حجر.

قال ابن المواز قال مالك : وإذا قُسِمَ الحائط وبقي الفحل والفحلان^{2 ط} لا يقدر أن يقسم فليس بذلك شفعة ولا فيه، قال مالك : ولو كان حائطاً فيه أصناف من الثمار فقُسِمَ أكثره وبقي أيسره، ففي ما بقي الشفعة قائمة لأنه أصل ما فيه الشفعة وليس مما هو صلاح لما قُسِمَ، قال ابن المواز : ولم يختلف مالك وأصحابه أن الشفعة في الحمام، قال ابن الماجشون في غير كتاب ابن المواز أما مالك من الشفعة في الحمام من قبل أنه لا ينقسم إلا بتحويله عن أن يكون حماماً. قال وأنا أرى فيه الشفعة، وقاله هو وأشهب في المجموعة.

قال في كتاب ابن المواز وقال ابن القاسم : لا شفعة في رحي الماء ولا رحي الدواب، قال في كتاب محمد والعتبية : وإن بيعت مع البيت فالشفعة في البيت دون الرحي، قال في العتبية يُقَوِّمُ الْبَيْتُ وَتَقَوِّمُ الرّحى بِأَلِهَا فَيَأْخُذُ الْبَيْتُ بِحَصَّتِهِ مِنَ الثَّمَنِ.

وقال أشهب وعبد الملك في كتاب محمد والمجموعة : إن نصبوها في أرضهم ففيها الشفعة وإن نصبوها في غير أرضهم فلا شفعة فيها باع أحدهم حصته من الرحي أو حصته منها ومن البيت، قال أشهب في غير هذه الكتب : وإنما الرحي الذي لا شفعة فيه الرحي الذي تُجْعَلُ وسط الماء على غير أرض وأما ما رُدِمَ في الْمِلْكِ وَجُعِلَ عليه رحيٌّ فَإِنْ كَانَ متصلاً بالأرض فله حكمها وإن لم يتصل بها فلا شفعة فيه.

وقال أشهب في كتاب محمد والمجموعة : إذا باع نصيبه في الرحي /^{3 و} بموضعها من العرصة أو مع نصيبه من جميع بيت الرحي فالشفعة لشريكه في

(1) ما بين معقوفين ساقط من ع.

ذلك كله، إلا أنه إذا باع الرحى بموضعها من العرصة خاصة فشريكه مخير إما أن يبيع حصته أو يأخذ بالشفعة نصيب شريكه، فإن أوى إلا فسخ البيع فليقاسمه فإن وقع للبائع موضع الرحى بعد بيعه وإن وقع لشريكه فسخ بيعه.

قال أشهب في كتاب محمد : فإن باع حظه من الرحى خاصة دون موضعها من الأرض أو نصيبه من خشب في الدار فلشريكه الشفعة في ذلك إن أجاز بيع نصيب شريكه وإلا فله فسخه إلا أن يقاسمه الشريك وإن أخذ ذلك بالشفعة كانت الرحى أو خشب البيت له خاصة فإن اقتسما الدار اقتسماها بغير خشب ولا رحى فإن صار في حظه أبقاه، وإن صار لشريكه نزع ذلك عنه.

قال محمد : فإن لم يأخذ ذلك الشفيع وسلم فسخ الشراء فيه لأنه اشترى ما يدخل في القسم مع غيره فلا يدري ما يقع له، ومن العتبية⁽¹⁾ قال سحنون : ولا شفعة في الأندر وهو كالأفنية لا شفعة فيها، وروى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب أنه إذا كانت بقعة الأندر بينهما ففيها الشفعة لا شك فيه كغيره من البقاع وكرصة الدار المهذومة.

وقال أشهب مثله كان قليلاً أو كثيراً أندر أو غير أندر إذا ملكاه، ومن كتاب ابن المواز والعتبية⁽²⁾ والمجموعة قال ابن القاسم قال مالك : لا شفعة في الزرع لأنه لا يحل بيعه حتى يبيس، ومن المجموعة قال ابن القاسم وأشهب / قال³ مالك فيمن باع ديناً على رجل فباعه فلا يكون من هو في ذمته أحق به بالشفعة وبيعه نافذ إلا أن يجري على ضرر بيعه من عدوه ونحوه، قال في كتاب ابن المواز : ولم يقل أحد أن في الدين شفعة ولكن الذي هو عليه أحق به للضرر كما المكاتب أحق بما بيع من كتابته.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 95.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 64.

قال مالك⁽¹⁾، وإنه لحسن أن يكون أحق به ولا يقضى بذلك، قال أشهب : هو بكامله من رَقِّ الدَّيْنِ الذي عليه.

وروى ابن وهب للنبي عليه السلام أنه أحقُّ به⁽²⁾، قال مالك : والمُكَّائِبُ أحقُّ بما يبيع من كتابته مما يعتقُّ به وأما إن باع الشريك نصيبه⁽³⁾ من الكتابة لم يكن شريكه أولى بها ولا المكائبُ لأنه لا يعتق به، وقاله أشهب لحجة الشريك إذا أخذ ذلك المكائب ثم يعجز فيرجع إلَيَّ لا مال له، وأما لو أُذِنَ الشريك الذي لم يبيع للمكائب في ذلك كان ذلك للمكاتب لما له فيه من المرتفق⁽⁴⁾ فإن عجز رَقِّ كله لمن بقي له فيه الكتابة.

ومن العتبية⁽⁵⁾ من سماع ابن القاسم وعمَّن باع نصف أرضه بأرض أخرى ويزيادة دنائير ففيه الشفعة وعليه قيمة الأرض التي أخذها، قال ابن القاسم وقال بعض إخواننا : إنه كان من قول مالك أو غيره⁽⁶⁾ من المدنيين أنه إذا علم أنه أراد المناقلة والسكنى. ولم يرد به البيع فلا شفعة فيه، وقاله ربيعة وذكرناه لمالك فلم يره وقال فيه الشفعة.

وقال العتبي قال مطرف وابن الماجشون : وإنما الذي قال مالك لا شفعة فيه من المناقلة أن يكون دارين أو حائطين⁽⁷⁾ بين أشراك فيناقل أحدهم بعض أشراكه من حصته من هذه الدار بحصة الآخر من الدار الأخرى أو الحائط فيجمع حظ

(1) في ع، قال محمد.

(2) لم نقف على نص الحديث وورد مصداق حكمه في الموطأ في كتاب الشفعة فقد قال مالك في رجل اشترى شقصا في أرض مشتركة بثلثين إلى أجل فأراد الشريك أن يأخذها بالشفعة قال مالك إن كان مليا فله الشفعة بذلك الثمن إلى ذلك الأجل وإن كان مخوفا أن لا يؤدي الثمن إلى ذلك الأجل فإذا جاءهم بمحبل ملي ثقة مثل الذي اشترى منه الشقص في الأرض المشتركة فذلك له.

(3) في الأصل، إن باع لك نصيبه وما أثبتناه هو الموجود في ع.

(4) في ع، لما فيه من الرفق.

(5) البيان والتحصيل، 12 : 55.

(6) في ع، من قول مالك وغيره.

(7) في ع، أن يكون دارا أو حائطا.

كل واحد منهما في شيء واحد ؛ فهذا الذي قال [مالك] ⁽¹⁾ لا شفعة فيه لأنه إنما أراد به توسعة حظه وجمعه، وأما إن ناقل بنصيبه من دار بدار أخرى لا نصيب له فيها ففيه الشفعة. عامل بذلك بعض شركائه أو أجنبيا. وحكى مثله كله ابن حبيب عن مطرف عن مالك وقال : وقد كان ابن القاسم يروي عن مالك أن في ذلك كله الشفعة، [والأول أحب إلي] ⁽²⁾.

ومن المجموعة قال مالك في رجل أُعْطِيَ من خَيْفٍ ⁽³⁾ في واد خمسين ومائة قفيز، بين كل قفيزين عشرة أذرع ثم باع أهله ذلك الخَيْفَ فلا شفعة لهذا الرجل فقال له إنهم لم يحده لي قال قد سَمَوْا لك أذرعاً مسماة. قال أشهب لأنهم إنما جعلوها لك بين كل قفيزين عشرة أذرع. قيل [لمالك] أيأخذ من أسفل الوادي أو أعلاه ؟ قال لا أدري اذهب إلى القاضي وذكره في العتبية في كتاب الوصايا.

ومن العتبية من سماع ابن القاسم وهو في كتاب ابن المواز : ومن تُصَدَّق بنصيبه من حائط على قوم وعقبهم ما عاشوا ثم باع الشريك نصيبه فأراد أهل الصدقة وفي كتاب آخر فأراد أهل الثمرة أخذه بالشفعة فلا شفعة لهم فيه.

قال عنه محمد : لأنهم لا أصل لهم وإنما الشفعة لمن له الأصل، قال ابن القاسم في العتبية ⁽⁴⁾ : وبلغني عنه أنه قال : إذا أراد الذي تصدق أن يأخذه /
4ظ بالشفعة لم يكن له ذلك إلا أن يلحقه بالحبس فيكون ذلك له.

قال ابن حبيب عن مطرف : إن كان حبس له مرجع إلى الحبس فالشفعة للمحبس لأنه مال من ماله وإن كان لا يرجع له إليه فلا شفعة إلا أن يريد الحبس أو الحبس عليه أن يلحق ذلك بالحبس فذلك له، وقاله أصبغ.

(1) كلمة مالك ساقطة من الأصل أثبتناها من ع.

(2) ما بين معقوفتين محو في صورة الأصل أثبتناه من ع.

(3) الخَيْفُ ما انحدر عن غلط الجبل وارتفع عن مسيل الماء ومنه سمي مسجد الخَيْف من منى.

(4) البيان والتحصيل، 12 : 60.

قال في كتاب ابن المواز : إذا جعل نصيبه من دار في سبيل الله أو على المساكين ثم باع شريكه حصته فإن كان المتصدق ينفذ ذلك لا فيما جعل فيه مصابته فله الشفعة وإن كان يمسكه فلا شفعة له، ولو كان إنما أعر سهمه على رجل وعقبه ثم مرجعها إليه فله الشفعة، وسنذكر الشفعة في الكتاب بعد هذا إن شاء الله.

فيما فيه الشفعة بمقارنته لأصل الأرض من عييد⁽¹⁾ أو عين أو بئر ونحوه يُباع مجتمعاً أو منفرداً أو بعضه بعد بعض

من المجموعة وكتاب محمد قال ابن القاسم قال مالك : إذا قُسِّمَت البيوت وبقيت العرصة فلأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة ولا شفعة لشريكه من العرصة بها ولا فيها. قال أشهب : وليس لأحدهم بيع حصته من العرصة خاصة إلا ببيع نصيبه من البيوت، وإن كانت العرصة واسعة إلا أن يجتمع ملوئهم على بيعها فيجوز فإن أوى أحدهم فهو مردود لأنها أبقيت مرفقاً بينهم.

قال يحيى بن يحيى في العتبية⁽²⁾ عن ابن القاسم عن مالك إن للشفعة في الماء الذي يقسمه الورثة بينهم بالأقلاد / وإن لم يكونوا شركاء في الأرضين التي تُسقى بتلك العيون والحوائط.

قال مالك في العتبية⁽³⁾ والمجموعة : وأهل كل بلد يتشافعون بينهم دون أشرائهم.

قال أشهب في المجموعة إنما ذلك إذا لم يقتسموا الأرض وأما إن قسموا الأرض وبقي الماء على شركتهم فلا شفعة فيه بينهم والبيع ماضٍ.

(1) كلمة عييد أثبتناها من ع وقد جاءت في الأصل معرفة على شكل عيذواله.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 88.

(3) البيان والتحصيل، 12 : 86.

قال أشهب في كتاب ابن المواز : ومن باع نصيبه من الماء قبل قسم الحائط أو سقي يوم أو أكثر قال : لولا ضرر ذلك حتى يجوز بيعه لكانت فيه الشفعة ولكن ليس فيه حجة في رد بيعه لحاجة الأرض إلى سقي ما باع ولا تُقسَّم الأرض بينهما لذلك في يومين ولا ثلاثة، قال أشهب في الكتاين : وإن كانت لها بئران أو عينان فاقسما البئرين أو العينين خاصة ثم كان يسقي هذا يوماً وهذا يوماً فباع أحدهما بئرَه أو عينه أو باع حصته في الأرض شائعةً بمائه المُفَرَز فلا شفعة لشريكه في البئر وله الشفعة في الأرض فقط بحصتها بقيمة البئر بلا أرض والارض بلا بئر.

قال في كتاب محمد : وإن باع البئر فقط فلا شفعة فيها ولكن ينظر فإن كان بيعها يُضِرُّ بالأرض إلى أن يقتسماها فلشريكه منعه من بيع ما بها حتى يُقسَم، ولو باع نصيبه من البئرين قبل أن يقتسما شيئاً ففيه الشفعة وإن شاء شريكه منع المشتري من قبض ذلك إن كان قبضه ضرراً حتى يقاسم شريكه الأصل وإذا قسما الأرض وأبقيا لها بئرين أو عينين ثم أرادا قسمتها فلا أحب ذلك إلا بالمقاواة، وأكرهه بالسهم / إلا أن يُخلَطَ بذلك ومعرفة قدرهما ويوجد من ٥٥ يحكم ذلك، ولو باع أحدهما حصته من البئرين بعد قسم الحائط فلا شفعة في ذلك.

قال ابن القاسم في المجموعة : وإن كانت الأرض والماء بينهما فباع أحدهما نصيبه من الأرض فترك الماء أو من الماء فترك الأرض ثم باع شريكه مصابته مما باع الأول فليس للأول في ذلك شفعة لمكان ما بقي له من الشركة في المال أو في الأرض.

قال في كتاب ابن المواز كان مبتاع ذلك مبتاع الأصل أو غيره، قال محمد : وإن لم يكن الشفيع سَلَمَ ولا أخذ حتى اشتري ذلك مشتري الشقص فللشفيع الآن الشفعة من الأصل والعييد والآلة وليس له أن يأخذ بعض ذلك دون بعض إذا لحقه ببيعه قبل الأخذ بالشفعة.

قال ابن الماجشون في المجموعة : وإن مات منهم الرأس والرأسان وأخلفه البائع بعد صفقة المال وقبل بيع العبيد والآلة ثم باعهم فله الشفعة في الجميع إن كان ذلك قريباً وكان زاد قليلاً في كثير وإن لم يكن كان فيه رقيق وكان يُسقى بالأجزاء فاستحدثهم بعد الصفقة ثم باعهم ممن باع المال منه فلا شفعة فيهم مع المال وما بيع من عرصه دار أو بئر في أرض أو ثمرة أو عبد من عبيد الحائط أو شيء من آله وحديده أو الأبواب والخشب والحجارة مع أصل ذلك كله ففي الجميع الشفعة، قال أشهب عن مالك في المجموعة : وكذلك الزقوق وغيره من آلة الحائط.

قال ابن القاسم عن مالك : وليس / له بيع رقيق الحائط وحديده وآله 6
ويأخذ الأصل بحصته، قال في كتاب محمد : وكذلك لو بيع شيء من ذلك على حِدَّتِهِ ما دام الأصل يقسم، ومن العتبية⁽¹⁾ روى أبو زيد عن ابن القاسم في الشريك يبيع حصته من عبيد النخل وحدهم قال : في ذلك الشفعة وهم كبعض الحائط، قال أصبغ : وهم مثل الآلة والسواني.

ومن كتاب محمد والمجموعة قال أشهب : فإن باع أحدهما مصابته من الأرض أو النخل أو الشجر فيأخذ ذلك الشفيع بالشفعة أو أسلمه ثم باع بعد ذلك مصابته من البئر أو الثمر والعين فلا شفعة فيها للشريك كان أخذ بالشفعة أو ترك ولا للمشتري إن كان لم يأخذه منه بالشفعة لأنه ليس له بياض ولا شجر وكذلك في الحائط برقيقه وآله أن يبيع جميعه أو بيع الرقيق وحدهم فللشريك فيما بيع من ذلك الشفعة ما دام الحائط غير مقسوم وأما إن اقتسم الحائط أو باع أحدهما نصيبه معه بغير رقيقه وآله فيأخذه الشفيع إذا سلمه ثم باع بعد نصيبه من الرقيق والآلة فلا شفعة لأحد في ذلك.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 77.

فيما يُشْتَرَى على القلع من الشجر
أو على الهدم من البناء
وكيف إن ابتاع الأرض قبل ذلك أو بعد
والشفعة في ذلك

في كتاب ابن المواز والمجموعة قال ابن القاسم : من ابتاع نخلاً على القلع ثم
اشترى الأرض بعد ذلك فأقرها ثم استحق رجل نصف ذلك كله فاستشفع فله
الشفعة في جميعه بنصف / ثمنه ولا يقدر المشتري أن يقلع النخل لشريكه
المستحق فيها وإن أبى أن يستشفع فللمبتاع⁽¹⁾ ردّ باقي صفقته إن شاء أو يتماسك.

قال ابن عبدوس قال سحنون إنما يقال أولاً للمستحق أنت مخير في أن تجيز
بيع نصيبك وتأخذ الثمن من شريكك ثم لا حجة للمبتاع لأن صفقته سلّمت له
فإن لم يجز بيع نصيبه أخذه ورجع المبتاع على البائع بنصف الثمن ثم ينظر إلى
النخل فإن تفاضل جنسها من صبحاني وبرني أو صغير أو كبير وشبهه، فالبيع
يُفسخ في نصف البائع لأنه لما بلغ النخل على القلع صار بيعاً مجهولاً لا يعرف
ماذا يقع له في القسم لأن الأرض يقسم مع النخل فيقع في النصيب كثير من
النخل مع قليل من الأرض أو قليل من النخل مع كثير من الأرض للكرم والدناءة
فأما إن كانت النخل والأرض لا يختلف حتى يقسم قسماً معتدلاً فالبيع جائز في
نصيب البائع ثم يبدأ المشتري بالخيار في قول أشهب في رد ما بقي في يديه أو
حبسه فإن أمسكه فللشفيع الشفعة بنصف الثمن. وقال ابن القاسم : ويبدأ
الشفيع بالتخير في أن يأخذ أو يسلم.

قال سحنون قال ابن القاسم : ومن اشترى نقض دار على القلع ثم اشترى
العرصة أو بدأ بشراء العرصة دون النقض ثم اشترى النقض ثم استحق رجل
نصف جميع الدار أنه يأخذ نصف القاعة بالشفعة بنصف الثمن ونصف النقض

(1) في الأصل، فللمبتاع باقي صفقته بإسقاط كلمة رد.

بقيته قائماً كان المشتري بناء في القاعة بعد شرائه فأنكر هذا سحنون وطرحه
وقال : قد أنكر الشفعة في / النقض ها هنا.

7

ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم : ومن اشترى نخلاً على القلع أو
نقضاً على القلع ثم اشترى الأرض فأخذ ذلك ثم استحق رجل نصف الجميع
قال : له الشفعة فيهما بنصف ثمن الجميع، قال أصبغ : وإلى هذا رجع ابن
القاسم وقال أشهب : الشفعة في الأرض دون النخل والبناء.

وقال أصبغ : قول ابن القاسم أصوب وعليه أصحابنا، قال ابن القاسم
وأشهب : ومن ابتاع مصابة شريك في نخل على القلع لم يجوز، قال أشهب : لأنه
لا يدري ما يصير له منها إذا قُسمت لأنها تقسم في الأرض فتارة يقع له عدد قليل
وتارة كثير لكرم الأرض ودناءتها. قال ابن القاسم ولأنه اشترى ما قسمه بيد غيره
ولا يقدر أن يقول له أقسم النخل دون الأرض ولا تقسم إلا بها، قال محمد : ولو
كانت النخل تُشترى في قسمتها لتشابهها في الصفة وتشابه الأرض حتى يقع
القسم على عدد واحد لا جزئه.

وقال أشهب وزاد : كالغنم والثياب والدواب، قال أشهب : ثم لا شفعة في
النخل لأنها بيعت على القلع ولو أخذها بالشفعة كان عليه قلعها أيضاً، ولو
اشترى مصابته من الأرض فقط لم يجوز إذا كانت غير متشابهة، وكذلك لو اشترى
بعد ذلك مصابته من تمر النخل لم يجوز حتى يجتمع شراء نصف الأرض بنخلها في
صفقة. قال أصبغ : إلا أن تكون متشابهة في الأرض والنخل فيجوز كانت الأرض
أولاً أو أخيراً ثم تكون الشفعة في الأرض دون النخل فإذا أخذ بالشفعة كلفه
الشفيع قلع النخل /

7ظ

قال محمد : لا يعجبني وأرى إن كان شراؤه للنخل أولاً فالشفعة في النخل
والأرض لأن شراؤه جائز لتشابهها وكذلك إن كان مشتري الأرض في الصفقة الثانية
غير مشتري النخل فالشفعة للشريك في الأرض والنخل وله أخذ أيهما شاء، فإن
أخذ النخل وحدها وسلم الأرض فلا بد أن يقاسم شريكه النخل والأرض فما صار

له بنصفه الذي كان يملكه كان له أخذه بنخله وما وقع لشريكه كلف الشفيع
 قلع نخله منه خاصة وإما له أخذه بنخله وما وقع إن أخذ الأرض وسلم النخل
 فإنها تُقسَّم النخل وحدها لأنه صنف واحد فما صار للمشتري كلف قلعه،
 قال : وإن اشترى الأرض أولاً لم تكن الشفعة إلا في الأرض لأن النخل يبعث ولا
 حق للبائع في الأرض كما قلنا إذا باع نصيبه من النخل إذا بقي نصيبه في العين
 والبئر ورقيق الحائط ثم إن باع نصيبه من ذلك لم تكن فيه شفعة، قال : ومن ابتاع
 نقض دار على القلع أو نخلاً على القلع فلم ينقض ولا قلع حتى استحق رجل
 نصف الأرض مع البناء أو النخل قال ابن القاسم : يرد البيع فيه ولا شفعة فيه
 وللمبتاع رد ما بقي في يديه.

وقال أشهب [استحقاقه فسخ]⁽¹⁾ للبيع في البناء. وأما من اشترى مصابة
 أحد الشريكين من البناء والنخل على القلع فلا يجوز إن كانت غير متشابهة وأما
 في المستحق فإن أجاز ذلك المستحق جاز ولزم المشتري، محمد : لأن العقدة
 وقعت أولاً صحيحة وإن لم يجوز رد وانفسخ ما لم يستحق وإذا كانت النخل
 متشابهة لزم المشتري ما لم يستحق منها والنخل قلعه مأمون ليس فيه من الجهالة⁸
 فيما يأتي عليه في القلع مثل ما يأتي في هدم البناء.

وقال أشهب في المجموعة : وإن باع رجل مصابته من أرض بينه وبين شريك
 له فيها نخل أو مصابته من دار على أن البائع يقلع عنه ما له فيها من بناء أو نخل
 ويدفع إليه أرضاً براحاً⁽²⁾ فإن كان بين النخل أو بين بناء الدار أو بين الأرض
 اختلاف فذلك بيع فاسد لا شفعة فيه لأنه لا يدري ما يصير له من الأرض وإن
 كان ذلك كله متشابهاً فذلك جائز وفيه شفعة للشفيع ثم على البائع أن يقاسمه
 ويقلع عنه ما صار له.

(1) ما بين معقوفتين أثبتناه من ع وهو في الأصل غير واضح.

(2) الأرض البراح : الأرض المتسعة التي لا شجر فيها ولا بناء.

وقال ابن القاسم : ومن باع نقض دار على القلع أو نخلاً على القلع ثم استحق رجل الأرض دون النقض والنخل فللمستحق إن شاء أن يدفع إلى المشتري قيمة النقض أو النخل مُلغى من باب الضرر لا من باب الشفعة فأنكر هذا سحنون وقال : يقول أشهب : إن البائع إن كان غصب الأرض فغرس فيها ثم باع فالمستحق مخير أن يعطي الغاصب قيمة النخل مقلوعة ويُتَقَضُ بيعُ المبتاع فإن لم يفعل جاز بيعه وقلعها مبتاعها وإن لم يكن غاصباً فالمستحق مخير بين أن يدفع إلى الغارس لشبهة فيها ثابتة ويُتَقَضُ بيعُ المبتاع ثم ليس للمشتري أن يقول أنا أحق بهذه القيمة المأخوذة وهو كمن باع سلعة بمائة ثم باعها من آخر بتسعين فأخذها الأول بشفعة فليس للثاني أن يقول أنا آخذ الثمن / المأخوذ من الأول، قال : فإن لم يطلب ذلك صاحب الأرض وأباه فإن قيل للغارس اعطه قيمة أرضه بيضاء ويجوز بيع النخل للمشتري فليس له فسخ البيع وله أن يعطيه قيمة النخل منقوضة فإن أبا كانت الأرض والغرس بينهما على قيمة الأرض من قيمة الغرس قائماً وينقص بيع المشتري للنقض فيما صار من هذه الأرض والشجر لرب الأرض ويجوز بيعه فيما صار لبائعه إن كانت الثلث قاسم رب الأرض وأخذ ثلث الشجر ثم قلعها ولا شفعة للشريك في هذا الثلث، قال سحنون : إنما يجوز بيعه إذا كانت الأرض تختلف.

ط 8

وفي كتاب ابن المواز وإذا ابتاع رجل من أحد الشريكين نصيبه من النخل وهي صنف واحد فقاسم المبتاع شريكه ثم اشترى نصف الأرض من بائع النخل منه قال إن الشريكين من الأرض والنخل إذا اقتسما النخل كان قسماً للأرض، لأن النخل يصير بموضعها من الأرض وما بين النخلتين حريم لها فلا يجوز غير هذا ولو شرط قسم النخل بلا أرض لم يجوز إلا على القلع فإن لم يجتمعا على القلع لم تجز القسمة إلا مع الأرض.

قال أشهب في المجموعة نحوه، قال : إن كان ما بين النخلتين من أرض مصلحة لثمرهما فالأرض مقسومة مع النخل وحدها أو كانت نخلاً كلها أو اقتسمها بعضهما. فالشفعة فيما لم يقتسما وقد انقطعت فيما قسما. وقال

سحنون : ما كان بين النخل من الأرض مصلحة لها فهي مقسومة مع النخل التي
بينها الفضاء الواسع يزداد في قيمتها وأما إن بعد ما بين / النخلتين حتى لا يصل
نفع ما بعد إليهما فهي كأرض فيها شجر متفرقة فكأنه يرى أن يقسم مع الأرض
ولو قسمت النخل المتباعدة دون الأرض وقع لكل نخلة طريق.

ومن كتاب محمد قال أشهب : ولو اشترى مصابة أحدهما من نخل على أن
يقرها ما بقيت فإن انقلعت فبياضها يبقى للبائع مع ما فيها من البياض الآن لم
يجز ولا شفعة فيه.

وإن اشترى مصابته من النخل بلا أرض وهي متشابهة ثم اشترى نصيب
البائع من الأرض ثم أخذ الشفيع الأرض خاصة ما بالشفعة وسلّم النخل ليقلع
فقاسمه النخل وحدها ثم أراد أن يصلحه، على بقاء نخله⁽¹⁾ في أرضه على شيء
فذلك جائز على أن يسلم هذا له نخله وسلّم هذا له بياضه على ما اصطلاحا عليه
على النصف أو الثلث أو أقل أو أكثر بغير تقويم فهو جائز، كما يجوز صلح بائعه
نفسه ولو لم يشتر منه مصابته من الأرض فقاسم هو شريكه الأرض والنخل فأخذه
بائعه بقلع النخل فصالحه على أن يقرها في الأرض ويكون ذلك بينهما على ما
سمّيا بلا قيمة فهو جائز.

وكذلك بعد أن عرفا قيمة ذلك، فأما إن أوجبا الشركة على أن يقوموا بذلك
في المستقبل فيكون بينهما على ما هي عليه القيمة في النخل مقلوعاً أو ثابتاً لم يجز
وهو غرر.

وفي باب الشفعة في النقص مسألة من باع شيئاً على القلع ثم أراد أن يُعطِيَ
قيّمته للمبتاع.

(1) في ع، على أن يبقى نخله.

في الشفعة في النقص القائم في عارية أو حُبْس /

من كتاب ابن المَوَاز قال ابن القاسم : إذ بنى رجلان في أرض عارية فباع أحدهما حصته من النقص فرب الأرض مبدأً فإن شاء أخذ ذلك بالأقل من حصته نقضاً أو التَّمَنَ فإن أبى فلشريكه أخذها بالثمن.

وقال أشهب : لا شفعة في ذلك لشريكه إذ لا ملك له في العرصة وهو بيع لا يجوز. باعا جميعاً أو أحدهما لأن رب الأرض له أن يقيه ويؤدي قيمته نقضاً أو يأمر بقلعه فلم يدرِ المبتاعُ ما اشترى نقضاً أو ذهباً، ورواه عن مالك فيمن بنى في عرصة رجل بإذنه ثم باع بناءه أن ذلك لا يجوز، وكذلك إن بنى في عرصة محبسة عليهما لم يجز بيعُهُما ولا بيع أحدهما ولا شفعة فيه ولا على رب العرصة أخذه بذلك الثمن وإن رضيا زاد على القيمة أو نقص لأنه بيع فاسد ولا يصلح فيه تولية ولا شركة ولكن لرب العرصة في البائنين فيها عارية أن يُعطيها قيمته منقوضاً وإن شاء فعل ذلك بأحدهما وإن شاء أمرها بقلعه وليس له أن ينقص على أحدهما حتى يقتسما.

قال محمد : كله صواب. ورواه أشهب عن مالك. وقال ابن عبدوس، قال سحنون في مسألة مالك في أهل الحبس يبنون فيه ثم مات أحدهم فأراد بعض ورثته بيع نصيبه من ذلك البناء، فأستحسن أن يكون لإخوته فيه الشفعة قال سحنون : وهو يقول ما بنى في الحُبْس فليس لصاحبه أخذه ولا بيعه، ويكون محبساً. قيل له : لعله أراد حبس عُمرى: قال : فيبيع البعض إذ لا يجوز⁽¹⁾، ثم ذكر مثل قول أشهب وقال : إنه لا يجوز بيعه إلا أن يباع في الضرورة / في الدَّيْن¹⁰ وشبهه فيجوز، وقال : هو كالشريك يبيع حصته من العبد بعد عتق شريكه فذلك غير جائز.

ومن كتاب محمد قال أشهب : ومن باع نخل حائطه كُلَّهُ على القلع ثم قال للمبتاع خذ مني قيمتها مقلوعة فليس له ذلك، وكذلك الشريك يبيع نصفها على

(1) جاءت العبارة في ع على الشكل التالي : قال فبيع البعض إذن لا يجوز.

القلع وهي مشتبهة فليس له ذلك ولا للشفيع بخلاف من تنقض مدته ببراء أو عارية أو كان غاصباً لأن الأول مشترط للقلع في شرائه بعينه فله شرطه (محمد) ولعله يرد في القيمة أكثر من الثمن، ولو كان الثمن عوضاً فكان البائع مخيراً بين تسليم ذلك أو يعطيه قيمة مجهولة تستأنف لكان أمراً غير جائز.

في الشفعة في الزرع وحده أو مع الأرض وفي شراء الثمر أو الزرع بعد شراء الأرض أو قبله وذكر الجائحة في ذلك

من كتاب ابن المواز قال : وإذا قسما ثمر الحائط بينهما بعد طَيِّبِهِ ثم باع أحدهما نصيبه من الأصل مع ما صار له من الثمر بالشفعة في الأصل دون الثمر، ويقضي الثمن ولو قسما الأصل بلا ثمر ثم باع حظه من الثمرة بعد الطيب أو قبله بالأصل فلا شفعة في أصل ولا ثمر، والثمر ها هنا كالبرء بعد قسم الأصل لا شفعة فيها، هذا قول أشهب، وخالفه ابن القاسم ورأى فيه الشفعة قال : ولا شفعة في الزرع الأخضر إلا أن يُتَّاعَ مع الأرض فإن بيع بعد يسه مع الأرض فالشفعة في الأرض دونه ويقضي الثمن على قيمته وقيمة الأرض كان الشفيع /
شريكاً في الزرع أو لم يكن، وكذلك بيع الأصول مع الثمرة بعد يسهها، قال في موضع آخر : ولو اشترى الأرض أولاً دون زرعها ثم اشترى الزرع أخضر فذلك جائز وفيه مع الأرض الشفعة وكأنهما معاً، ثم قال : وإن اشترى أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق نصف الأرض والزرع وهو بعد أخضر فله الشفعة في الأرض دون الزرع، ويقضي نصف الثمن عليه وعلى نصف الأرض ثم قال بعد ذلك : ومن اشترى أرضاً بزرعها الأخضر فاستحق رجل نصف الأرض ونصف الزرع فله الشفعة في الأرض والزرع بل ليس له أن يأخذها إلا بزرعها فإن كره المشتري التماسك ببقية الصفقة لكثرة ما استحق فابن القاسم يبدأ بتخيير الشفيع فإن لم يستشفع فالخيار للمشتري في الرد أو التماسك.

وقال أشهب : المشتري يبدأ بالتخير فإن تماسك ففيه الشفعة، وحجة ابن القاسم أنه ليس بيع خيار بل بيع نقل وجبت فيه الشفعة، وهو كعيب يرضى به الشفيع فهو المبدأ، قال ابن عبدوس : أنكر سحنون قول أشهب في الزرع وقال بقول ابن القاسم أنه لا شُفَعَة في الزرع قال سحنون بخلاف الرقيق والبئر والآلة تباع مع الحائط، ولأن هذا صلاح للحائط والبناء صلاح للدار والزرع لا يُقَوَّمُ به الأرض والثمرة إذا بيعت مع الرقاب وقد أبر ثمرها أو أزهى فالشفعة في الجميع ؛ إذ لو بيعت الثمرة وحدها كان فيها الشفعة وليس الشفعة فيها مع النخل لأنها /¹¹ منفعة للنخل وهي أيضا لها غذاء في النخل ويقع بها فكأنها منها فإذا ييسر زال ذلك منها وزالت الشفعة.

قال في كتاب ابن المواز : فإذا اشترى الأرض بزرعها ولم يظهر من الأرض فهو كما لم يُؤَبَّر من الثمر فأخذ الشفيع بالشفعة بالثمرة والنفقة فإن لم تُقسَم حتى برز من الأرض حتى صار كمأبور الثمر فقال ابن القاسم هو كمبتاع نخل لم يُؤَبَّر ثمرها ثم قال الشفيع وقد أبرت أو أزعت فيأخذها بثمرها بالثمن وبالنفقة، وقال أشهب : يأخذها دون الثمرة لأن الشفعة بيع ومأبور الثمر للبائع وليأخذ النخل أو الأرض وحدها بجميع الثمن بعد أن يوضع عنه من الثمن قيمة الطلع وقدر قيمة البذر على غرر ذلك بعد قبض الثمن على قيمة الأرض بلا بذر والبذر بلا أرض يوم الصفقة وكذلك النخل.

قال أشهب : ولو كان الشراء بعد بروزه من الأرض كانت فيه الشفعة معها وهو كالماء وآلة الحائط وعبيده أنه كانت في الصفقة ففيه الشفعة وإن بيعت الأصول وحدها فلا شفعة في هذا بعد ذلك، وكذلك الثمر، ولو بيع ذلك مع الحائط أو قبل الحائط كانت فيه الشفعة، ولم يختلفا إذا اشترى بعد بروز الزرع وإبار الثمر أن الشفعة في ذلك مع الأصل وإنما اختلفا إذا كان الشراء قبل ظهور الزرع وإبار الثمر ثم قام بعد الظهور والإبار، وهو مذكور بعد هذا مستوعباً قال : ولو اشترى أرضاً بزرعها الأنخضر فاستحق رجل نصف الأرض / دون¹¹ الزرع وقد اشتراها معاً والزرع بعد الأرض فإنه يفسخ عن المبتاع نصف ثمن الزرع

والأرض ويكون البائع شريكاً له في الزرع وحده والمستحق شريكاً له في الأرض وحدها، ثم إن أخذ نصف الأرض بالشفعة انفسخ بقية الزرع ورجع الزرع كله إلى البائع فيرجع المشتري عليه بجميع الثمن إلا ما قابل ما أخذ الشفيع من الأرض خاصة وعلى البائع الكراء في النصف المستحق من الأرض فقط، قال سحنون : تنفسخ جميع الصفقة لأنها صفقة جمعت حلالاً وحراماً لبقاء نصف الزرع الأخضر بلا أرض.

ومن المجموعة قال أشهب : لا شفعة في جريد النخل وسقفها لأنه لا يصلح بيعه قبل أوان قطعه، قال ابن المواز : إذا اشترى أصولاً فيها ثمر يعني أبرت بغير ثمرتها جاز شراؤه الثمرة قبل طيها وكأنهما في صفقة والصفقة فيهما جميعاً وليس له أخذ أحدهما دون الآخر، وإن اشترى نصف الأصل ثم اشترى نصف الثمرة بعد طيها فها هنا له أن يأخذ أحدهما بالشفعة كليهما⁽¹⁾، فأما إن اشتراها بعد الطياب في صفقة فلا يأخذها إلا جميعاً قياساً على قول ابن القاسم في الجائحة أنه إذا اشتراها بعد الطياب في صفقة فلا جائحة فيها، وإن اشترى الأصل قبل ثم اشترى الثمرة ففيها الجائحة عنده، وأما إن اشترى الثمرة قبل طيها باع بعد شراء الأصل أو معه فلا جائحة فيها، قال محمد في موضع آخر عن أشهب : إذا اشترى الأصل وقد أبرت الثمرة أو طابت ولم يشترك / ففي الأصل الشفعة ولا شفعة في الثمرة بعد ذلك ولو لم يسلم الشفيع في الأصل ولا أخذ حتى باع البائع نصيبه من الثمرة من أجنبي بعد أن أزهرت لم يكن فيها شفعة وله الشفعة في الأصل عند أشهب، ولو باع الثمر قبل زهوها أو بعد من مُشتري نصف الحائط فلشريكه الشفعة في الأصل والحائط وكأنهما في صفقة.

قال أشهب : ولو باعاً حائطهما وفيه ثمرة ثم باع أحدهما نصيبه منها بعد ذلك فلا شفعة لشريكه لأنه لا شركة بينهما في الأصل ولو لم يبيعا الأصل وباعا الثمرة من رجلين فباع أحدهما نصيبه من رجل من الثمرة ففيها الشفعة عند ابن

(2) في الأصل، كلامها.

القاسم وأشهب لأنهما مقام صاحب الأصل، قال محمد : ومن اشترى ثمرة قبل زهوها ثم اشترى الرقاب بعد طيب الثمرة فالشفعة في الأصل خاصة ولا شفعة في الثمرة ويُفسخ بيعها ولا يُردُّ لأنها إنما فاتته بالطيب في نخل البائع ولو جَذَّها المبتاع يابسة أو رطبة لردّها ورد المثل فيما فات منها وما لا يُعرف كيّله ردَّ قيمته يوم جَذَّه فلو كان شراؤه الأصول قبل طيب الثمرة كان طيبها في الشجر فواتاً لأنها طابت في نخل المبتاع ويرد قيمتها يوم عقد البيع في الأصول، ويومئذ تجب فيها الشفعة بالقيمة وفي الأصول بالثمر وليس للشفيع أخذ الأصل دون الثمرة ولا الثمرة دون الأصل لأن الثمرة إنما وجبت بملك الأصل فهو كصفقة واحدة / ولم يكن في المسألة الأولى شفعة لأنها في يد البائع طابت.

12 ظ

فيمن ابتاع داراً فهدمها أو انهدمت
ثم استحق رجل نصفها وقد باع النقص
وفات أو لم يفت وما يحدث في رقيق الحائط
ثم يقول الشفيع في ذلك كله

من كتاب محمد والمجموعة قال ابن القاسم قال مالك فيمن اشترى شقصاً عن دار فهدمها أو انهدمت بأمر من الله أو غرق أو حرق فأقى الشفيع فليأخذها مهدومة بجميع الثمن ويأخذ النقص مهدوماً أو يدع ولا شيء له على المشتري.
قال أشهب في المجموعة : وكذلك لو سكن الشقص أو أسكنه حتى أبلى المساكن وانهدمت السكنى فلا شيء عليه للشفيع وليؤد جميع الثمن.

قال في كتاب محمد : وإن تلف البعض بغير سببه لم يضمه الهادم ولا ما نقص الهدم، وإن تلف بسببه ضمن له قيمته، قال ابن عبدوس وذكر هذه المسألة كلها عن مالك وقال قال عبد الملك وإنما هذه المسألة أنه وقع البيع وغاب الشفيع وقسم السلطان للمبتاع بحقه بعد ضرب الآجال ثم لا ييطل ذلك شفעתه حين وقع البيع وهو شيء يُكره.

قال أشهب وابن القاسم في المجموعة : لو كان أرض فغار ماء بثرها أو عينا، وقال سحنون : لا يشبه البئر والعين البنيان (لأن في البئر والعين الشفعة لو⁽¹⁾ بيعت وحدها) فكأنهما شيان مختلفان لأن في واحد الشفعة منفردا والنخل والنقض لو بيع على القلع لم تكن فيه شفعة بعد أن يهدمه وإنما فيه الشفعة مع الأرض لدخوله / في حكم الأرض.

13 ر

ومن كتاب محمد قال : فإن وهب المشتري نقض الدار التي اشترى ثم استحقَّ رجل نصفها لم يرجع به المستحقُّ إلّا على الموهوب ويصير الموهوب كالمشتري يأخذ منه النقض إن وجده بيده أو بيد مبتاعه منه أو يأخذ الثمن في حصته، وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة وقالوا : وكذلك إن وهبه لمن هدمه، قال في كتاب محمد : وإن أخذ باقيها بالشفعة أخذه مع النقض بجميع الثمن لا يُحطُّ للهدم شيء وما هلك بتلف أو بهبة المبتاع فلا يُحطُّ عن الشفيع لذلك من الثمن شيء.

قال ابن القاسم في العتبية⁽²⁾ من رواية عيسى فيمن اشترى شِقْصاً من حائط وفيه رقيق ودوبّ فليأخذه مع رقيقه ودوابّه بالشفعة إذا لم يكن للحائط منهم بُدٌّ، ولو تصدق المبتاع بالرقيق ووهبهم فهو كالبيع يأخذ الحائط بحصته من الثمن فأما في الموت فإن شاء أن يأخذ الشَّقْصَ بجميع الثمن أو يدع.

قال أشهب في المجموعة : ولو اشترى أشقاصاً من دورٍ من رجل فانهدم بعضها فليس للشفيع إلا أخذ المهدوم وغير المهدوم بجميع الثمن أو يترك كان قد انهدم أو هدمه المشتري.

وقال ابن القاسم في كتاب ابن المواز : وإن هدمها تعدياً فليتبّعهُ مستحقُّ نصفها بنصف قيمة الهدم، وإن أخذ بالشفعة أخذ بنصف جميع الثمن لا يُحطُّ عنه للهدم شيء، وروى عن ابن القاسم أيضاً أنه يسقط عنه من نصف الثمن ما

(1) في ع، لأن في البئر والعين الشفعة ولو بيعت وحدها.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 77.

لزم الهادم كما لو باعه فيأخذ العرصة بحصتها من الثمن ينظر ما قيمتها / بلا بناء¹³ وما قيمة البناء مهدوماً فيُقسَم الثمن على ذلك ويأخذ العرصة بحصة ذلك بشفعته ثم يتبع الهادم هو والمستحق بما لزمه لهما، وكذلك لو ترك له المبتاع ما لزمه من الهدم يُحسب للشفيع كان المتعدي ملئاً أو معدماً، وذكر ابن المواز هذا القول في كتاب الغصب ثم قال محمد : وإنما ذلك إذا كان المتعدي موسراً فقدر المشتري على أخذ ما وجب له عليه وأما من لا يقدر على أخذ ذلك منه فهو بمنزلة ما هلك بأمر من السماء فلا يأخذ بالشفعة إلا بالثمن كله، فأما إن كان ملئاً فللشفيع أن يحسب على المشتري قدر قيمة ذلك نقضاً يوم الشراء من قيمة العرصة ويتبع المشتري الهادم بقيمة ذلك قائماً يوم هدمه بالغاً ذلك ما بلغ⁽¹⁾، وقد جعله ابن المسيب مثل يبعه للنقض لأنه قد وجب له على المتعدي شيء يرجع به، فهو بخلاف ما هلك بأمر من السماء، قال محمد : وذلك فيمن يقدر على أخذ ذلك منه فيتبعه المستحق والمشتري بما ذكرنا.

قال ابن القاسم : ولو كان قد ترك المشتري له قيمة الهدم فرجع عليه المستحق في حصته بما يجب له فيها ويسقط عنه حق المشتري في ذلك.

قال محمد : ويحسب ذلك الشفيع على المشتري لأنه كالبيع، قال محمد : وهذا إن فات عَيْنُ البعض فأما إن لم يفت فهو للشفيع بشفعته ولو وجد الهادم عديماً لم يكن غاصباً له على المشتري حجة فيما وهب له من النقض.

قال أشهب في المجموعة : إذا لم يكن بائعها غاصباً ووهبها / [وهدمها]⁽²⁾¹⁴ رجل بيد المبتاع ظلماً فليس للمستحق على البائع إلا الثمن الذي باع به ثم لا شيء له على الهادم ولا عليك في الشفعة ولك أيها المشتري اتباع الهادم بما نقص هدمه من دارك، وإن لم يرض المستحق بالثمن فله أن يأخذ من المبتاع نصف ما ابتاع مهدوماً ولا شيء له عليه في الهدم ويأخذ بقية الدار بالشفعة إن شاء ويتبع

(1) في الأصل بالغ ذلك ما بلغ.

(2) ساقطة من ع.

هو الهادم بما بين قيمة الدار مهدومة وقيمتها مبنية يريد بجميع الثمن في هذا القول، وإن لم يستشفع فليتبّع الهادم بنصف ما بين قيمتها مهدومة وقيمتها صحيحة ويتبعه المبتاع بمثل ذلك، وفي كتاب ابن المواز عن أشهب نحوه وقال : هو أحب إلي من قول ابن القاسم وأنكر سحنون قول ابن القاسم إذ جعله كالبيع وقال بقول أشهب هذا.

قال ابن المواز : وذلك إن كان الهادم معدماً.

ومن كتاب ابن المواز : وإن هدم المبتاع نقض دار ابتاع جميعها ثم باعه أو باعه لمن هدمه ثم استحق نصفها فللمستحق أخذ نصف الدار ونصف النقض باستحقاقه، فإن استشفع أخذ أيضاً نصفها ونصف النقض وينقض بيعه فيه ويرد به الثمن إلى مبتاعه وليس للشفيع أخذ ثمنه مع نصف العرصة بشفعته كان الثمن عيناً أو عرضاً.

قال ابن عبدوس عن ابن القاسم بإثر هذه المسألة إذا كان النقض لم يفت للشفيع أخذ ثمن النقض الذي باع به من المشتري من القاعة ويعطيه الثمن / 14 ظ وأنكر سحنون هذا الموضع من المسألة في أخذه لثمن النقض. قال هو ومحمد بن المواز عن أشهب : أنه في الذي أخذ بالشفعة يأخذ ثمن ما بيع من النقض ما بلغ ويقاصص المبتاع في الثمن، قال في كتاب ابن المواز مثل أن يُباع النقضُ بخمسين ومائة وكان شراؤه لجميع الدار بمائة فليأخذ نصف هذا النقض بخمسين ومائة وكان شراؤه لجميع الدار بمائة فليأخذ نصف هذا النقض بخمسين ومائة وكان شراؤه [لجميع الدار بمائة فليأخذ نصف هذا] الثمن مع نصف القاعة باستحقاقه حين لم يجد النقض ثم يأخذ النصف الباقي بخمسين ويكون له الخمس والسبعون ديناراً من ثمن النقض فيتقاصصان في خمسين ويأخذ خمسة وعشرين.

وأنكر هذا سحنون وابن المواز، قال ابن المواز : وهو وهم ولم يقله أحد من الناس، قالوا : وقد أجمعوا أن من ابتاع شقاً له فيه شفيع ثم باعه قبل أن يأخذه الشفيع ثم قال الشفيع أنا أجزى البيع وأخذ الثمن وأدفع إلى المبتاع ما اشتري به لم يكن له ذلك.

قال سحنون : وهو خلاف الإستحقاق، لأن المستحق إنما يبيع ملكه والشفيع إنما يبيع ملك غيره فصار يجوز البيع في ملك المستحق غيره، قال محمد : وصار يربح فيما لم يضمن.

وفي كتاب الإستحقاق زيادة في هذا المعنى من كتاب الغصب لابن المواز.

قال ابن المواز : ومن ابتاع شقصاً من حائط بحصته من رقيقه ودوابه وآلته ثم باع المبتاع حصته من الرقيق والدواب والآلة / ثم قام الشفيع وذلك كله قائم فليس له تسليم بيعه للرقيق والآلة وأخذ النصف من الحائط خاصة بشفيعته بحصته ذلك، فإن رضي به المبتاع فليأخذ الجميع إن لم يفث ولأنه لا يعرف حصة الشقص إلا بالقيمة فيصير إيجاب بيع بثلث مجهول وكذلك نقض الشقص ليس له أخذ العرصة بحصتها إلا بعد فوات أعيان هذه الأشياء، ولو هدمه المبتاع ولم يبعه هو ورضي الشفيع بأخذ العرصة بحصتها قبل فوت النقض لم يجوز إلا بعد المعرفة بما يقع لذلك من الثمن ثم لا شفعة بعد ذلك في النقض، ولو قال الشفيع لما باع مبتاع الشقص النقض بأقل من ثمنه أنا أسلم بيعه للنقض وأخذه من مبتاعه بالشفعة فليس له ذلك لأنه إذا أسلم بيع النقض صار شريكاً لمبتاع النقض في نقض لا في عرصة فلا شفعة في نقض مفرد.

ومن المجموعة قال ابن القاسم : وإذا باع النقض فقات عند مبتاعه فأما حصة المستحق منه فليس إلا ثمنه الذي يبيع به إن تمسك بشقصه وإن استشفع فض الثمن على ما باع وعلى ما بقي يوم وقعت الصفقة ولا ينظر إلى الثمن الذي باع به فإن كان قيمة الشقص المبيع يوم الصفقة الثلثين فما بقي من الدار بثلث الثمن فيدفع نصف الثلث ويأخذ نصف العرصة بالشفعة ويكون له نصف ثمن النقض باستحقاقه. قال غيره عن مالك : لا يأخذ الشفيع بالشفعة إلا ما أدرك قائماً يُقوّم البقعة بغير نقض ويُقوّم النقض فتوضع قيمة النقض / من الثمن.

15 ظ

قال أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية⁽¹⁾ فيمن باع داراً بعشرة فباع المشتري باب الدار بعشرة ثم جاء الشفيع قال : يُقَوِّمُ البابُ ويُقَوِّمُ الدارَ ويفض الثمن عليهما فيأخذ الدار بالشفعة بما يقع لها ولا شيء له في الباب لأنه قد فات بالبيع يريد وقد فاتت عينه.

ومن كتاب ابن المواز : وما بيع من النقض ففات عند مبتاعه فليس على بائعه المستحق غير الثمن.

وإن أخذ نصف العرصة بالثمن بالشفعة بحصتها من الثمن لفوت النقض يُنْظَرُ إلى قيمة النقض ملغى يوم الصفقة وكل قيمة العرصة فما قابل النقض من الثمن سقط عن الشفيع إلا أن يكون ما أخذ فيه من الثمن أقل من ذلك فإنما يسقط عنه ما قابل الأقل مثل المبتاع يقول لو حابيت في ثمنه أو وهبته لم يلزمي إلا ما طرأ لي من ثمنه وأتبع أنت المبتاع بالحباية هذا في النصف المأخوذ بالشفعة، وأما في النصف المستحق فله ثمن النقض على بائعه قل أو كثر فيرجع المبتاع على بائعه بحصة ما استحق من يده ويتبع المستحق بحصته من النقض قائمة ببيع أو هبة إلا أن يتلف أيضاً في يديه بغير سببه فلا يتبع فيه بشيء هذا ولا غيره.

قال ابن عبدوس وقال عبد الملك : إذا أخذ الشفيع بالشفعة فله أن يُضْمَنَ مشتري الشقص قيمة النقض.

قال سحنون : كيف يُضْمَنُ قيمة ما لم يتعد فيه وإنما هو ملكه ؟ ألا ترى أن من وقعت له في المغنم أمة فأولدها ثم أتى ربها أنه لا يُضْمَنُ / قيمتها.

قال ابن عبدوس وقال غيره : ومن ابتاع نصيب رجل من ثمرة فلم يأت الشفيع حتى ماتت فلا شفعة له فيها ولو باع منها شيئاً يسيراً بخمسة دراهم ونحوها ثم جاء الشفيع فهو أحق بما أدرك منها.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 100.

فِيمَنْ ابْتاعَ داراً لَهُ أَوْ أرضاً فَيَعْمُرُ فِيها وَيُنْفِقُ أَوْ يَغْرِسُ وَيَزْرَعُ ثُمَّ يَأْتِي الشَّفِيعَ

ومن المجموعة وكتاب محمد قال مالك في مبتاع الأرض يغرسها أو يبنيتها⁽¹⁾ ثم يأتي الشفيع فلا شفعة له إلا أن يعطيه قيمة ما عمّر.

قال عنه أشهب : ولا يعطي ما أنفق وهو يخرب ما بنى أو يهدم فإنما له قيمة ما بنى يوم يؤخذ منه بالشفعة.

قال أشهب وقال بعض الناس إن للغارس ما أنفق، وليس بصواب، وقد ينفق في غراس وحفر عيون وآبار ألف دينار فلا ينبت من الشجر ولا يخرج من العيون إلا ما يساوي أقل من ذلك.

قال محمد وقال نحوه ابن القاسم وعبد الملك، وهو قول الليث.

قال أشهب في المجموعة ومن ابتاع أرضاً فبناها ثم استحق نصفها فأبى أن يدفع نصف قيمة العمارة فيما استحق فأعطاه المبتاع نصف قيمة الأرض فأخذه فلا شفعة له في بقية الدار لأنه لم يأخذ بالشفعة حتى أخذ قيمة شقصه، ومن أهل العلم من يرى له في ذلك الشفعة وإن خرج من يده الذي وجبت له به الشفعة، ولست أراه، وقد اختلف قول مالك فيه قال أشهب : فإن أبى المبتاع أن يدفع إليه نصف قيمة / الأرض براحاً [كانا شريكين بقيمة البناء قائماً من قيمة الأرض براحاً، فإن كان الأرض براحاً كانا شريكين بقيمة البناء قائماً من قيمة الأرض براحاً]⁽²⁾ فإن كان ذلك نصفاً ونصفاً فذلك النصف بينهما نصفين ولا شفعة له في النصف الآخر إلا بنصفه.

قال في كتاب الغصب لابن المواز: ويكون له الشفعة في النصف بما أحدث فيه من البناء فيكون له نصفه أيضاً برقع ثمن الدار وربع قيمة البناء بعد أن يحسب على المشتري ربع قيمة النقض الذي هدم منقوضاً.

(1) في ع، يعمرها بغرس أو بناء.

(2) ما بين معقوفين ساقط من ع.

قال ابن حبيب عن أصبغ : ولو حفر في الدار بئراً فلم يخرج الماء فشرب شرباً فلم يجد الماء لم يكن على الشفيع في ذلك شيء فإنما عليه فيما هو في الدار زيادة.

قال ابن عبدوس وابن المواز قال أشهب عن مالك : وإن غرس في الأرض نخلاً فأثمرت فليأخذها بالثمن وبقيمة النخل قائمة بثمرها إن كان فيها تمرٌ أبردت أو لم تُؤبر فأزهت قال في كتاب محمد ما لم تيسر أو تجذ، محمد في نصفه المستحق وفي النصف المستشفع به، وروى مثله ابن القاسم قال : وإن شاء تركها وأخذ نصف قيمة أرضه بفوتها بالغراس أو بأخذ الثمن من البائع.

قال في كتاب ابن المواز وذكره ابن عبدوس عن أشهب وعبد الملك فيمن ابتاع نخلاً فقلعها أو داراً فهدمها ثم استحدث فيها بناءً أو غراساً قال عبد الملك : فعلى الشفيع أن يقضيه ما زاد بالغرس والبناء في الشفعة لا ما زاد فيما غرس وبنى على ما كان قطع وهدم /⁽¹⁾ [إذ يصير له ضامناً قال محمد لا يأخذ ما استحق¹⁷ حتى يدفع قيمة بنيانه فإنما يريد يوم قيامه.

قال أشهب وعبد الملك فإن كان من هذا النقض الذي هدم مطروحاً من قيمة العرصة من الثمن يوم الصفقة قال محمد وإن بناها بنقضها فلا يأخذ ما استحق منها حتى يدفع قيمة بنائه قائماً كما لو بنى بغير نقضه ثم يكون له نصف قيمة بعضها ملغى ما سلم منه لأن المبتاع لم يكن له ضامناً ولا تعدى في هدمه. فإن أخذ باقيها بالشفعة فذلك له بعد أن يرد قيمة البناء قائماً أو الثمن.

قال في كتاب الغصب ويكون له قيمة البناء الأول منقوضاً فإن باعها الهادم مهدومة فللمستحق نصف العرصة ونصف النقض وإن بنى أخذ ما في العرصة والنقض وإن لم يأخذ ما استحق وبنى حظه من الثمن مما بعد فذلك له ولا شفعة له وكذلك إن أخذ قيمة نصف العرصة من المشتري الذي بنى لفوتها بالبناء بعد الهدم ويأخذ نقضها وإن كانت قيمته منقوضاً ثم يرجع المبتاع بنصف الثمن على

(1) ما بين المعقوفة هاته وبين التي تليها نقلناه من ع نظراً لكونه لم يتضح في صورة الأصل.

بائعته وإن أخذ نصف العرصة وأدى نصف قيمة البناء قائماً وطلب بقيمة نصف النقض منقوضاً كان له الشفعة على ما ذكرنا.

قال أشهب فإن أخذ بالشفعة فقبل يؤدي في النصف الثاني الذي استشفع فيه البناء قائماً يوم استشفع وقبل قيمة ما أنفق ويؤدي نصف الثمن ويسقط عنه منه نصف قيمتها كان فيها من البناء منقوضاً يقاص به في الثمن. قال أبو محمد المعنى فيه والله أعلم إذا هدمها المبتاع ثم بناها / ثم استحق رجل نصفها فإن دفع المستحق إليه نصف قيمة البناء قائماً يوم قيامه كان له نصفها باستحقاقه وله على الهادم نصف قيمة نقضه الذي هدم أو ما سلم منه قيمته يوم أفاته بالبناء فإن أبنى المستحق أن يقضيه قيمة نصف البناء قائماً فله الرجوع على الغاصب بالثمن أو بالقيمة يوم الغصب إلا أن يقيم على طلب عين شبه من المشتري فيقال للمشتري اعطيه نصف قيمة الأرض فإن أبنى⁽¹⁾ كانا شريكين في نصفها بقيمة الأرض من قيمة البناء يوم القسم ويغرم المشتري للمستحق نصف قيمة النقض الذي هدم مهدوماً يوم أفاته أو ما سلم منه.

فهذا القول في النصف المستحق ثم إن أخذ النصف الآخر بالشفعة قيل له ردّ ما في ذلك النصف من قيمة البناء قائماً اليوم وتُخذ العرصة بما ينوبها من التي [يوم الصفقة بقيمتها من قيمة النقض من الثمن،⁽²⁾ وأما إن أبنى فيما استحق أن يؤدي قيمة البناء وأبنى هذا الذي بنى أن يعطيه نصف قيمة أرضه ونصف قيمة النقض منقوضاً يوم أفاته فإنهما يكونان شريكين في نصف الدار، هذا بقيمة أرضه وهذا بقيمة بنيانه ويغرم الذي بنى للذي استحق نصف قيمة النقض نقضاً يوم أفاته، ثم إن كانت شركتهما في نصف الدار بما ذكرنا نصفين لتساوي قيمة الأرض وقيمة البناء ثم طلب الشفعة في النصف الآخر فله ذلك في نصف ذلك النصف ويصير الدار بينهما نصفين فيُنظرُ إلى قيمة نصف الأرض من قيمة /

(1) في الأصل، فإن أبنى.

(2) ما بين معقوفين ساقط من ع.

النقض منقوضاً يوم الصفقة لأنه لا يضمن فيه الحوادث بما وقع للأرض من الثمن وداه⁽¹⁾ مع قيمة ربع بناء الدار قائماً يوم الحكم.

وقال في كتاب محمد يغرم نصفاً من ذلك النصف المستشفع فيه ونصف قيمة بناءه⁽²⁾ المستحدث قائماً بعين يوم الحكم فيرجع على المشتري بنصف قيمة النقض منقوضاً من قيمة العرصة يعني من الثمن يوم الصفقة إن كان النقض قد انتفع به ولم يهلك بأمر من الله [تعالى]⁽³⁾ هكذا يريد محمد والذي ذكرته أولاً وهذا، في المعنى سواءً، وقال عبد الملك في المجموعة : معنى المسألة فيمن اشترى شقصاً فهدمه ثم بناه إنما ذلك أن يغيب الشفيع ثم قسم السلطان للمشتري حقه فهدم وبنى في شقصه بعد القسم فأما لو هدم قبل القسم فإنه ضامن لحصة شريكه ولا يضمن ما سواه قال غيره فإن بنى نصف البقعة وهي مشاع ثم قام شفيع فإن العمارة تقوم مطروحة نقضاً فإن شاء الشفيع أخذ ذلك بقيمته منقوضاً وإلا تركه وأمر الثاني بنقضه.

وقال في كتاب ابن المواز : وإذا اشترى أرضاً بزرعها ثم استحق نصفها وقد ظهر الزرع من الأرض فلا شيء له من الزرع فيما استحق واستشفع وله حصة كراء ما استحق في إبان الزراعة وإن لم يخرج من الأرض فهو للآخذ بالشفعة، وقاله أشهب في المجموعة قال : وإن أخذه بالنفقة ولم يظهر الزرع فليأخذ بثمن الشقص [وبقيمة الزرع على الرجاء والخوف وكأنه قاربها في السر الآن ولو قال قائل يأخذها]⁽⁴⁾ / بالثمن وبما أنفق لم أعبه بل هو أقيس وأنا أستحسن الأول، قال محمد : بل يأخذها بالثمن وبقيمة ما أنفق في البذر والعلاج إذا لم يظهر من الأرض.

(1) في ع، أداه.

(2) في ع، ونصف قيمة بناء الدار.

(3) ساقطة من الأصل.

(4) ما بين معقوفين نقلناه من ع لأنه غير واضح في صورة الأصل.

قال أشهب : ولو ظهر من الأرض لم تكن فيه شفعة. قال ابن عبدوس قال سحنون : هذا مختلفٌ لطلع النخل لأن من زرع أيضاً ثم استحققت قبل ظهوره فالزرع لزارعه، وابن القاسم يرى الأخذ بالشفعة كالإستحقاق لأنه بعض الثمرة وإن أبرت للشفيع كالإستحقاق فإذا أخذ الأرض بالشفعة فلا شيء له في البذر كالمستحق، وأشهب يرى الأخذ بالشفعة كالبيع فيرى البذر للشفيع لأنه لا يستثنى في البيع.

فيمن اشترى نخلاً ثم استحق نصفها أو استشفع وفي النخل ثمرٌ يوم الشرى أو يوم القيام أو لا ثمر فيها

من المجموعة وكتاب ابن المواز قال ابن القاسم وأشهب : ومن اشترى ودياً صغيراً ثم قام شفيع وقد صارت بواسق⁽¹⁾، فله الشفعة بالثمن يريد كان غائباً.

قال ابن القاسم : وله الثمرة إن لم تبيس وعليه قيمة السقي والعلاج وإن استغلها سنين فإنما على الشفيع السقي في السنة التي قدم فيها إن لم تبيس وجبت له بشفعته، قال عبد الملك في الكتابين وقاله سحنون : ليس عليه غرم شيء إلا الثمن لأن المنفق أنفق على مال نفسه ولا يرجع بشيء مما أنفق ما ليس بقائم في النخل وقد يُنفق أضعاف الثمرة ولو كان ذلك عليه للزمه وإن تغير الغرس / أو عطب.

قال أشهب في الكتابين : ولمن اشترى نخلاً لا ثمر فيها فسقى وعالج حتى أثمرت والنخل لم يُؤثر ثم أتى الشفيع فليأخذ بالثمن وبقيمة الثمرة على الرجاء والخوف ولو قال قائل له قيمة ما أنفق لم أر له بأساً.

قال ابن المواز : إنما يأخذها بقيمة ما أنفق.

(1) جاءت في الأصل منونة ولا مبرر لذلك.

قال ابن عبدوس قال عبد الملك وسحنون : لا شيء على السقي والعلاج.
 قال ابن المواز : وإن ابتاعها وفيها طلع لم يُؤثَر فجدّها المبتاع قبل أن تُؤثَر
 فللبائع أن يحسب ذلك على المشتري إذا رجع عليه بثمن ما استحق من يده،
 وكذلك إن أخذ منه النصف الآخر بالشفعة، فأما إن أخذها المبتاع بعد أن أبرت
 عنده وهي بلع أو زهو فهي له عله لا يُحاسب بها في الاستحقاق ولا في الشفعة
 ولا في الرجوع بالثمن على البائع.

محمد ابن المواز : ومن اشترى نخلاً لا ثمر فيها أو فيها ثمر لم يُؤثَر ثم استحق
 رجل نصف النخل واستشفع منه النصف المستحق بثمرته أبرت أو لم تُؤثَر أزهت
 أو لم تزه ويغرم له نصف ما أنفق وسقى من يوم الشراء فإن فاتت الثمرة بجذاذ أو
 يُيس فلا شيء له فيها وهي للمبتاع وكذلك يحدث عنده من الغلة فلا شيء له من
 سقي وعلاج ويرجع على البائع بنصف الثمن ولو كانت يوم الشراء مأبورة أو مُزهِية
 كان نصف الثمرة للمستحق كيف كانت ييس أو جدّها أو باعها أو أكلها
 ويغرم المكيلة إن عرفها وإلا فالقيمة وفي البيع يغرم نصف الثمن إن فاتت، وإن
 كانت بيد مبتاعها فهو مُخَيَّر في أخذها... / أو إبقاء بيعها وأخذ الثمن وإن
 تلفت عند المبتاع فليس له إلا الثمن وإن أكلها رد المكيلة فإن لم يعرف فالقيمة،
 وإن باعها المبتاع فله أي الثمنين شاء ما باعها به الأول أو الثاني، وإن أكلها الثاني
 فله أن يُعزّمه قيمتها وإن شاء أخذ الثمن من البائع الثاني، فإن أخذ مشترها
 قيمتها وأخذ ثمناً رجع الغارم على بائعها منه بثمن هذا الذي استحق ويرجع
 مبتاعها على المستحق بالنفقة والعلاج في النصف، وإن جاوزت النفقة الثمن
 والقيمة فإما ودى ذلك وإلا أخذ الثمن من بائع الرقاب، وقاله ابن القاسم.

قالا وهو مصدق فيما أنفق ما لم يتبين كذبه وله أخذ النصف الآخر
 بالشفعة بنصف الثمن كاملاً بعد دفع النفقة ما لم يُيس أو تُجدّ [فإن ييس أو
 جدّت فله أخذ الأصول بالشفعة دون الثمرة في قول ابن القاسم بعد أن نقص
 الثمن على قيمة الأصول وقيمة الثمرة يوم الصفقة إذا كانت يوم الصفقة مأبورة كما

ذكرنا، قال ابن المواز⁽¹⁾ وسحنون قال أشهب : يأخذ الثمرة في الشفعة فإن ييست أو جُدَّتْ أو القيمة في أكلها أو الثمن في بيعها كما قال في النصف المستحق إذا كانت مأبورة ويغرم النفقة التي بها حُسِبَت الثمرة وإن جاوزت الثمن أو القيمة.

قال محمد : وأما ابن القاسم فمرة قال إنما له الثمرة ما لم تبيس أو تُجَدَّ، جُدَّتْ / وهي صغيرة أو كبيرة فلا يأخذها ويحط عن الشفيع حصتها من نصف²⁰ الثمن، ورواه عن مالك، وقال مرة : يأخذها في الشفعة إن ييست أو جُدَّتْ ويأخذ مثلها إن فاتت وعرف مكيلها وإن لم يعرف أو كان جَدَّها وهي صغيرة لم تطب فلا يُؤَخَذُ فيها ثمن ولا قيمة، ويُفَضَّ الثمن عليها وعلى الأصول. ورواه أيضا عن مالك إذا كانت يوم الشراء مأبورة أو مُزْهِية وقد اشترطها ولم تكن ييست يومئذٍ، وقالوا قال عبد الملك : يأخذها ما لم تُجَدَّ، قال عنه ابن المواز : أو تبيس قالوا عنه : فلا يأخذها، قال عنه محمد ويقضي الثمن، قالوا عنه : ولا نفقة عليه للسقي والعلاج إن أخذها ولم تُجَدَّ. وقال سحنون لا نفقة له.

قال ابن عبدوس : ورأيْتُ سحنوناً، يذهب إلى أن الثمرة لغو⁽²⁾ وتبع لا حق لها من الثمن كما إذا اشتراها مأبورة فقلت له فهي هبة إذا فسكت قال ابن عبدوس بل لها حصة من الثمن ولكنها تبع وقد اختلف فيها قول سحنون.

قال سحنون وقال ابن القاسم في العيوب إذا رُدَّ النخل بعيب والثمره مأبورة وقت البيع أنه يرد الثمرة وإن جَدَّها ولأنها لا حصة لها من الثمن، وقال في الشفعة : إن جَدَّها أخذ الأصول بحصتها من الثمن وهو اختلاف من قوله قال وقال ابن الماجشون ما اشتريت ما فيه ثمره وهي تبع بغير اسم فلم يقيم الشفيع حتى زايله ثمره فلا يحسب ولا ينظر فيه. وكذلك يقول في الثمرة المأبورة أنها تباع

(1) ما بين معقوفين كتب في الأصل مكررا وبسبب الإستغناء عن المكرر لم تتمكن من تحديد ابتداء
اللوحة العشرين من الصورة.

(2) كلمة لغو ساقطة من ع.

مع النخل / بالطعام إلى أجل إذ لا حصة لها من الثمن والذي ذكر عنه سحنون^{20ط} من هذا خلاف ما حكى عنه ابن المواز، قال ابن عبدوس : ويفترق عندي في الرد بالعيب من الأخذ بالشفعة، لأن الرد بالعيب نقض بيع في الأصول فإن حسبت للثمرة حصة صارت مبيعةً بلا أصل، وفي الشفعة البيع الأول ثابت والشفعة بيع مؤتلف فحسُن أن تسقط الثمرة بحصتها.

قال ابن القاسم في الكتاين : وإن ابتاعها غير مأبورة أو لا ثمرة فيها فأبرت عنده فليأخذها الشفيع ويغرم النفقة ما لم تبيس أو تُجَدَّ فتكون غلة.

قال ابن القاسم : ولا حصة لها من الثمن إن كانت طلعاً⁽¹⁾، قال محمد : وهو أحب إلينا لأنه شريك في الثمرة فهو فيها شفيع ويغرم ما سقى وعالج، وعلى هذا أكثر أصحاب مالك محمد وقال أشهب : يأخذ الأصول دون الثمرة لأن الشفعة بيع ومأبور الثمر للبائع، قال : فإن قال الشفيع فأنا أشرطها للحديث⁽²⁾ إلا أن يشترطها المبتاع قيل له إنما ذلك بطوع البائع، قال أشهب : وكذلك لو اشترى أرضاً بزرعها المتغيب⁽³⁾ فهو كما لم يُؤبر فإن برز فهو مثل ما أبر فيأخذ الأرض دون الزرع البادر بجميع الثمن بعد أن يوضع عنه قيمة البذر وقيمة الطلع يوم الصفقة على غره من قيمة الأصل أو الأرض، قال أشهب : ولو اشتراها بعد ظهور الزرع فللشفيع الشفعة في الزرع وإن ييس كالثمرة، وذكر ابن عبدوس عن عبد الملك مثل / قول أشهب إذا أبرت الثمرة عنده بعد الشراء، وقال : اتفق ابن^{21و} القاسم وأشهب في النصف المستحق له يأخذ ثمرته، فإن أبرت عند مبتاعها، ويدفع قيمة السقي والفلاح ما لم تبيس أو تُجَدَّ.

قال أشهب : ومن ابتاع حائطاً فيه ثمرة مزهية ثم قام شفيع فليأخذ الأصول وتبقى الثمرة للبائع الأول، قال في كتاب ابن المواز : ومن اشترى نخلاً فأبرت

(1) الطلع : ما يبدو من ثمرة النخل في أول ظهورها.

(2) في ع، للجديد.

(3) في ع، يزرعها البذر المغيب.

عنده ثم قام عليه الغرماء والشفيع ورضي الغرماء بدفع الثمن إلى البائع فالشفيع أحق بها بالثمن والبائع أحق بالثمن الذي يدفعه المستحق إلى المبتاع يريد إذا لم يدفعه الغرماء.

قال محمد : وأحب إليّ في الثمرة أن تكون للشفيع بعد دفعه للنفقة مع الثمن فيكون الثمن لبائع الثمرة⁽¹⁾ والنفقة للغرماء.

[وقال أشهب : الثمرة للغرماء]⁽²⁾ ولا شفعة في هذه الثمرة إذا أبرت عند المبتاع.

ما جاء في الشفعة في الكراء والمساقاة

قال ابن المواز : واختلف قول مالك في الشفعة في الكراء، فروى عنه ابن القاسم وابن وهب فيمن أكرى نصف دار لرجل ونصفها لآخر قال : ما علمت في هذا شفعة، وقاله المغيرة وعبد الملك، وروى عنه ابن القاسم أيضا في شريكين أكرى⁽³⁾ أيضا ثم أكرى أحدهما حصته أن شريكه أولى بها وقال أشهب : في جميع ذلك الشفعة وبلغني ذلك عن مالك وهو أحب إلي لأنه / مما يخرج إلى القسم²¹ة التي معها تضيق الواسع وتغير البناء ولمثل هذا وجبت الشفعة في البيع. قال أشهب : فإن أحب أن يُسَلَّم الشريك شفيعته ويقاسمه السكنى فذلك له وإن طلب قسمة الدراهم مع شريك الأصل فذلك له. فإن وقع في نصيب المكري على غير استواء فالمكري مخير في التمسك والردّ وذلك إذا وقع له أقل من النصف في الانتفاع لا في القيمة وإن لم يقع له أقل فلا حجة له. قال ابن حبيب : اختلف قول مالك في الشفعة في الكراء فأخذ ابن الماجشون وابن عبد الحكم بقوله أن لا شفعة فيه، وأخذ مطرف وابن القاسم وأصبيغ بقوله أن فيه الشفعة، وبه يأخذ وذلك في كراء الدور والمزارع سواء.

(1) في ع، فيكون الثمن لبائع النخل.

(2) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

(3) في الأصل، أكرى.

قال ابن المواز قال أشهب : في مكترئين أكرى أحدهما نصيبه فلصاحبه الشفعة وعهدته على المكترى من صاحبه ثم عهدتهما على رب الدار، ولو أكرى أحد المكترئين نصيبه من رب الدار أو من مكترى منه أقاله من مصابته فلشريكه الشفعة على رب الدار المستقيل، قال محمد : بل يُؤخذ من المكترى الذي أقال كالأقالة في الشراء، وإذا أكرى رجلان دارهما أو ساقيا نخلهما من رجلين وأكرى أحدهما نصيبه أو كلاهما الأرض أو الدار أو ساقى أحدهما⁽¹⁾ النخل من سواهما فليس لصاحبي الأصل شفعة في كراء ولا سقاء ولا لأحدهما كان مقسوماً أو شائعاً، ولو أن أحد المكترئين أو المساقين / ساقى أو اكترى فلشريكه الشفعة في ذلك، وليس لصاحب الأصل أحق من الشريك في الكراء، فإن سَلَّمْ شفعته صاحب الأصل بالمساقاة لشركهما في الثمرة ولا شركة لهما في الكراء، ولو أن نخلأ بين شريكين ساقى أحدهما حصته فقال أشهب : لا شفعة في ذلك لشريكه محمد : وأظن ابن القاسم يرى في ذلك الشفعة، كذلك رأيته في كتابي ولا أدري ممن سمعته.

قال : ولو ساقى أو أكرى أحد صاحبي الأصل فلشريكه الشفعة في الكراء والمساقاة، فإن سلم ذلك للمساقى ثم ساقى المساقى غيره فلصاحب الأصل الشفعة، ولو كان الأصل لواحد فأكرى النصف مشاعاً أو ساقى النصف مشاعاً ثم أكرى المكترى غيره وساقى المساقى غيره فلرب الأصل الشفعة، ولو أكراه شيئاً بعينه منها أو ساقاه كذلك فلا شفعة لرب الأصل فيما أكرى وله الشفعة فيما ساقاه لشريكهما في الثمرة، ولو أكرى من رجلين نصف أرضه أو ساقاهما نصف نخله فساقى أحدهما رجلاً فشريكه أولى بالشفعة من صاحب الأصل، فإن سلم فذلك لصاحب الأصل كما لو باعها ذلك فباع أحدهما فشريكه المبتاع معه أشفع فإن سلم فصاحب الأصل الشريك لهما شفع في ذلك.

(1) في الأصل، ساقى أحد.

قال أبو محمد : هذا على قول أشهب الذي يرى المشتري في صفقة أحدهما
أشفع من الشريك الأقدم /

22ظ

في أحد الشريكين في الدار يبيع شيئاً بعينه منها أو يبيع أحد دارين لهما ثم قام شريكه بالشفعة

ومن العتبية⁽¹⁾ والمجموعة قال ابن القاسم قال مالك : وإذا ورث أخوان
دارين فباع أحدهما أحد الدارين فقام أخوه في ذلك فله ردُّ نصفه منها وأخذ
النصف الآخر بالشفعة ولا يلزمه البيع في حصته منها إلا أن يشاء وليس لشريكه
أن يقول قاسمني فإن دفع لي ما بعْتُ نفذ بيعي وإلا بطل.

قال مالك في كتاب ابن المواز في الدار بين رجلين يبيع أحدهما طائفةً منها
بعينها قدر نصفها بغير إذن شريكه فإن شاء شريكه جعل ذلك قسماً وأمضى
ذلك ثم لا شفعة له في المبيع وليس له أن يقول له قاسمني فإن دفع ما بعْتُ في
نصيبك مضى، هذا في قول ابن القاسم، قال : فإن شاء أخذ نصف المبيع
بالاستحقاق ونصفه بالشفعة بنصف الثمن ثم اقتسما بقية الدار فيرجع المبتاع
على البائع بنصف الثمن، وإن شاء فسخ بيع الشريك كله وقاسم شريكه الدار
وإن شاء أجاز البيع وقاسم شريكه الثمن، وإن شاء لم يُجَزَّ بيع حصته وسلم
الشفعة وقاسم شريكه بقية الدار ويكون المبتاع مخيراً في التماسك بما بقي له أو يرده
فترجع الدار بين الشريكين كما كانت، ثم ذكر محمد بعد ذلك في هذا قول
أشهب وذكره ابن عبدوس عن سحنون أنه إن لم يُجَزَّ البيع في نصيبه وإلا أجاز
بيع نصيب شريكه وإلا أخذ بالشفعة فليس له فسخٌ / الشراء حتى يقاسم
شريكه البائع الدار نصفين فإن دفع ما باع البائع في سهمه نفذ فيه البيع وإن لم
يقع في سهمه انتقض بيعه وبه قال سحنون في كتاب ابنه وكتب به إلى شجرة بن
عيسى وكذلك قال أشهب في بيع أحدهما بيتاً من الدار أو حصته من بيت يريد

23ر

(1) البيان والتحصيل، 12 : 57.

مفرزاً فإن لم يأخذ بالشفعة ولا أجاز بيع حقه ولا سلم بيع نصف شريكه مما باع فلا يفسخ ذلك حتى يقاسم شريكه الدار.

قال أشهب في الكتابين : ولو كان إنما باع نصيبه من عرصة الدار فله إذا أتى مما ذكرنا الفسخ قبل المقاسمة في العرصة لأن العرصة لا تُقسَّم إلا بتراضي الشركاء، وأما بيعه لنصيبه من بئر الأرض أو عينها فليس للآخر فسخه إنما له الأخذ بالشفعة أو بتسليمه لمشتريه.

قال في كتاب ابن المواز : بيع من باع مصابته من ذلك جائز وليس لشريكه إلا الأخذ بالشفعة أو الترك قال : وأما إن باع أحدهما شرب يوم أو أقل فلصاحبه فيه الشفعة، وإن شاء أجاز البيع، وإن شاء رد بيعه إذا كانت الأرض تحتاج البئر، لأنه ليس في يومين وثلاثة ما يقسمون فيه الأرض فينفي في ذلك شرب من ماء هذا خاصة وأما فحل النخل يبيع أحدهما مصابته منه قبل القسم فهو كالمنزل في الدار إن تم البيع وإلا أخذ بالشفعة لم يكن له فسخ البيع حتى يقاسمه لأن فحل النخل يُقسَّم معها فقد يقع في قسم أحدهما.

قال أشهب في الكتابين : وإن أكرى أحدهما منزلاً / بعينه من دار بينهما ثلاثة أيام فلشريكه فيه الشفعة ولا يُردُّ الكراء لقربه ولا ضرر فيه ولو كان سنة كان لشريكه إن شاء أخذ بالشفعة وإن شاء ترك وإن شاء قال أقاسمك، فإن صار الثلث في حظك جاز كراؤك وإلا نقضته.

قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون : في الأرض بين الشركاء يبيع أحدهم منهما شيئاً بعينه وفي شركائه حاضر وغائب وصغير والمبتاع يظن أنه باعه حقه وحده فلم يُحدث فيها شيئاً حتى قام الحاضر وقدم الغائب وكبر الصغير فإن قام الحاضر بخدثان البيع قبل انقطاع حجبتهم بطول حيازتهما فهم أجمعون سواء يميزون إن شاؤوا أجازوا وأخذوا أنصابتهم من الثمن وإن شاؤوا أخذوا عوضها فيما بقي من الأرض المشتركة وجعلوا حظ الشريك فيما باع واستشفعوا ما بقي، قالوا : وإن بنى المبتاع العرصة أو طالت حيازته بمحضرك الشركاء الحضور فلا قيام لهم

على المتبايع ويرجع حكمهم مع البائع، فإن اعترف أن حقوقهم في البيع فإن شاؤوا أخذوا نصيبهم من الثمن أو يأخذون العوض مما بقي من الأرض، وإن قال : ما بعث ذلك من الأرض حتى صار ذلك لكم حَلَفَ على ذلك وانقطع حَقُّه عنه في الثمن والعوض فكانوا على حظهم مما بقي من الأرض، وأما الغَيْبُ والصغار فهم مَخِيرُونَ فِي الثلاثة أوجه المذكورة أولاً فإن شاؤوا أخذوا حظهم وقد فات بالبناء فذلك لهم إذا ودوا قيمة ما بحظهم من البنيان قيمته قائما لبنيانه على شبهة وإن شاؤوا / أخذوا ما بقي بالشفعة من حظ البائع وحظ الحضور الذين انقطعت حجَّتُهم فذلك لهم ويؤدون ما زاد بهاؤه في عرصتهم تقوم العرصة مبنية اليوم فيُنظَرُ ما زاد البنيان على ثمنها الذي به اِبتِيعَتْ فيدفعون ذلك إلى المتبايع ويستشفعون بالثمن. وقاله أصبغ.

24

ومن العتبية⁽¹⁾ روى يحيى بن يحيى [عن ابن القاسم] : فيمن اشترى فداناً من أرض مشتركة أو بفعة لرجل فيها شركٌ وذلك بحضرة الشريك وعلمه فيبني أو يعرّش فيريد الذي لم يبع أخذ حصته وما فيها بالشفعة فليس في هذا شفعة. ولو باع أحدهما جزءاً شائعاً من دارٍ أو أرض بينهما قل أو كثر فللشفيع أن يأخذ نصف المبيع بحقه والنصف بالشفعة، فأما إن باع فداناً بعينه أو شيئاً من الدار بعينه بحضرة شريكه فلم ينكر فسكوته تجويزٌ لبيعه ولا شفعة فيه وله على البائع حصته من الثمن فقط، وهو كما لو باع ثوباً بينهما فسكت فهو تجويزٌ منه وإن أنكر لم يلزمه البيع. قال عنه سحنون في الأرض بينهما يبيع أحدهما فداناً منها بعينه أو نصف فدان بعينه بحضرة صاحبه لا يغير ولا ينكر فقد لزمه البيع ولا نكران له بعد ذلك ولا شفعة وكذلك يبيعه لشيء بعينه من دار بينهما، وكذلك كل من يبع عليه شيء من ماله وهو حاضر لا يغير ولا ينكر فالبيع له لازم، ولو باع جزءاً شائعاً من تلك فالبيع ماضٍ والشفعة للشريك.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 89.

في مُحَاصَّةِ الشَّرْكَاءِ فِي الشَّفْعَةِ وَمُحَاصَّةِ / أَهْلِ السَّهَامِ دُونَ الشَّرْكَاءِ وَمَنْ هُوَ أَوْلَى بِهَا مِنْ جَمِيعِ الْأَشْرَاقِ

ومن كتاب ابن المواز : والمُشْتَرِي والوارث في الشفعة سواء، قال مالك فيه وفي المجموعة : والشفعة بين الشركاء على قدر الأنصِبَاءِ لا على عدد الرجال. قال ابن القاسم : وقاله علي بن أبي طالب.

قال أشهب : وإذا كانت الشفعة إنما وجبت بشركتهم لا بعدتهم وجب تفاضلهم فيما تتفاضل الشركة قال محمد : كعتق رجلين من الشركاء نصيبهما في عبد بينهما فليَقَوُا عليهما بقدر نصيبهما.

قال مالك في الكتابين : فإذا كان في الفريضة أهل سهام فيها جدتان في السدس وزوجات في ربع أو ثمن وإخوة لأم في الثلث، وأخوات شقائق في الثلثين فما باع واحد من أهل سهم واحد فمن شركه في السهم أشفع فإن سلموا فبقية أهل الميراث أشفع من غيرهم من الشركاء، وكذلك إن باع أهل السهم كلهم، ولم يختلف فيه أصحابه، وقاله المغيرة ولم يقل بغيره إلا ابن دينار قال محمد : وإن كان مع أهل السهام عَصْبَةٌ فباع بعض العَصْبَةِ فالشفعة بين بقيتهم وبقية أهل السهام، قاله مالك وأصحابه إلا أشهب، فرأى بقية العَصْبَةِ أحق كأهل سهم وكالموصى لهم بسهم يبيع بعضهم أنهم أشفع ممن شركهم، وقول مالك أصح.

ومن الكتابين قال ابن القاسم : فإن ترك أختاً شقيقة / وأخوات لأب 25 فباعت إحدى الأخوات للأب فللشقيقة الدخول مع بقية الأخوات للأب، وقال أشهب : لا تدخل معهم الشقيقة، فإن باعت الشقيقة فاللواتي للأب أحق من العصبية، فإن باع العصبية فهن كلهن في الشفعة سواء. قال في المجموعة : فإن باع جميع الأخوات فالشقيقة أحق من العصبية، قال عنه ابن المواز : كمن (1) أوصى بدارٍ خمسة عشر رجلاً فقال لعشرة منهم سمامهم (1) في الأصل من أوصى بإسقاط كاف التشبيه.

ثلثاهم لفلان وفلان منهم السُّدُسُ والسبعة منهم النصف وبقية الدار وهو الثلث
للخمسة الآخرين، فإن باع أحد الخمسة فباقيهم أشفع، وإن سلموا فذلك لجميع
العشرة فإن باع أحد العشرة فبقية السبعة أحق، فإن سلموا [فالثلاثة أشفع وإن باع
أحد الثلاثة فالإثنان أشفع فإن سلموا] ⁽¹⁾ فالسبعة أحق من الخمسة. قال مالك :
فإن باع بعض الورثة فبقية الورثة أشفع ممن شرك الميت، فإن باع أحد شركاء الميت
دخل مع الشركاء ورثة الميت.

قال ابن المواز قال ابن القاسم : واختلف قول مالك في العصة فرآهم مرة
كأهل سهم، قال أصبغ : ثم ثبت أن أهل السهم هم الذين يتشافعون خاصة.
ومن العتبية ⁽²⁾ والمجموعة روى ابن القاسم عن مالك في أربعة إخوة ورثوا داراً
فباع أحدهم حصته فسلم الشفعة لإخوته ثم باع أحدهم إن المشتري الأول شفع
مع مَنْ لم يبع في ذلك.

قال مالك : وإذا باع بعض أهل سهم مفروض فسلم ذلك بقيتهم فالشفعة
لبقية أهل الميراث / فإن سلموا كلهم ثم باع أحد المشتريين نصيبه مما اشترى فبقية
أهل ذلك السهم وشركاء البائع الآن الذين كانوا اشتروا معه وبقية الورثة أجمعين
فيما يؤخذ بالشفعة من ذلك شفعاء أجمعون. قال مالك : وليس المشتري كالورثة
ولا العصة كأهل السهم المفروضة، أهل السهام يدخلون على العصة ويدخلون
على من اشترى من أهل السهام ثم باع بعض ما اشترى، وإذا باع بعض أهل
السهم لم يدخل المشترون ولا العصة عليهم فيما يتشافعون فيه إذا كان في ذلك
السهم للبائع شريك فيه دنياً، فإن أخذ جميع الورثة بالشفعة دخل معهم العصة
والمشترون.

وقال مالك : فيمن مات وترك داراً وترك زوجة وابناً وابنة ثم مات الابن وترك
أمه وأخته وعصبته فباع بعض العصة فللأب والأم التشافع بحصة ما ورثا عن

(1) ما بين معقوفين ساقط من الأصل مثبت من ع.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 59.

الميتين. محمد ! وإذا مات أحد الورثة فصارت مصابته لورثة نفسه وبعضهم ورثة الميت الأول ثم إن بعض ورثة نفسه باع مؤرثته من ذلك فإن لم يكن مع هذا البائع شركاء في سهم معلوم فكلهم يدخلون بالشفعة من ورثته وورث معه بمصابته جميعاً إذا لم يكن عصبه.

ومن العتبية⁽¹⁾ وكتاب ابن المواز قال أشهب عن مالك : فيمن يوصي في حائط له لقوم بثله أو بسهم معلوم فيبيع بعضهم إن شركاءه أحق بالشفعة فيما باع [من]⁽²⁾ بقية الورثة.

قال محمد وقاله أشهب ومحمد بن عبد الحكم / وقال ابن القاسم : للورثة²⁶ الدخول معهم كالعصبة مع أهل السهام، قال مالك : ومن أوصى لرجل بثلث داره فهو شافع مع الورثة فيما باع بعضهم. محمد : لأنه رجل واحد، قال أبو محمد : كذا في الأم ولكن ما أدري معناه، محمد : وإذا أوصى أحد ولد الميت بنصيبه لرجل ثم باع واحد من بقية الولد فإن من أوصى له الولد يدخل في ذلك مع بقية الإخوة، ولم يُحتَلَفْ في هذا لأنه لم يُوصَ لنفرٍ وليس كالذي [أوصى]⁽³⁾ لهم أبوهم الذي ورثوا الدار عنه لكنه كالمبتاع من أحد الميتين فيحل محل بائعه.

ومن كتاب محمد قال أشهب : في دار بين ثلاثة بميراث أو شراء فباع أحدهم من نفر وسلم الشريكان ثم باع أحد نفر المشتريين مصابته ببقية نفر أشفع من شريك البائع، ولو باع أحد شريكي البائع لدخل في الشفعة شريكه الذي لم يبع وسائر نفر الذين اشتروا الثلث الأول فيصير لهم النصف وجعل المشتري من الشريك كورثته، وخالفه ابن القاسم وقال : لا يكون مشتري الثلث الأول أشفع فيما باع بعضهم دون شركاء بائعه، وجعلهم بخلاف ورثة الوارث أو ورثة المشتري وذكر عن مالك : وجعل المشتري مقام بائعه وجعل الموصى لهم مع الورثة كالعصبة مع أهل السهام. قال أصبغ : وهذا هو الصواب.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 67.

(2) (من) ساقطة من الأصل.

(3) (أوصى) ساقطة من الأصل.

قال محمد : وكذلك لو باع بعد ذلك بعضُ ورثة الميت لدخل المشتري في ذلك مع بقية الورثة.

ما جاء فيمن ابتاع شِقْصاً له شفعاء / فسَلَّم بعضهم أو كان غائباً

27ظ

ومن كتاب محمد ونحوه في المجموعة من رواية ابن القاسم وأشهب عن مالك وهو في العتبية⁽¹⁾. قال مالك : إذا وجبت الشفعة لجماعة فسلم بعضهم وأخذ الباقي فليس للباقي إلا أخذ الجميع أو الترك قال ابن المواز : وليس للمبتاع أن يمنعهم أخذ نصيب من سَلَّم إذا كان في صفقة. قال ابن حبيب عن أصبغ، إن كان تسليم من سَلَّم على الهبة والعطية للمبتاع والصدقة عليه بها فليس للأخذ إلا بقدر سهمه وللمبتاع سهم المسلمين، وإن كان على ترك الشفعة وكراهته الأخذ فللمتمسك أخذ جميعها.

قال مالك في كتاب ابن المواز والمجموعة : ولو كانوا غيباً إلا واحداً فليس له إلا أن يأخذ الجميع أو يدع فإن أوى فلا شفعة له ولا دخول له مع أصحابه إن قدموا، فإن قَدِمَ وأخذ مِمَّنْ أوى قيل له تُخذ الجميع أو دَع. محمد : وذلك إذا كان في صفقة.

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة : فإن قدم الغيبُ وقد أخذ الحاضرُ الجميع معه بقدر سهامهم. قال أشهب : وما أخذوا منك في ذلك فهم في كتاب عهديهم مُخَيَّرُونَ إن شاءوا كتبوا عهديهم عليك لأنك أخذت لنفسك وضمانه منك وإن شاءوا كتبوه على المأخوذ منهم⁽²⁾ بشفعتهم وليس لهم أن يكتبوا ذلك عليها جميعاً وإن أوى بعضهم الأخذ فلاخذين من الشفعة بقدر حصصهم من حصص من أخذ لا بقدر حصصهم من حصص جميع / الشركاء، قال : 28و

(1) البيان والتحصيل، 12 : 81.

(2) في ع، المأخوذ عنه.

فإن أبوا إلا واحداً ومصابته مثل مصابتك فجميع ما أخذت بينكما شطرين. قال أشهب : وله أن يكتب عهده عليك وإن شاء على الأول أنت وهو وحَرَقَتْ أَنْتَ كتابك الأول، قالا وعبد الملك : فإن لم يَقْدَمْ⁽¹⁾ إلا واحد فليس له بقدر حصّة من حصص أصحابه ولكن يأخذ نصف ما أخذت إن كان نصيبه مثل نصيبك.

قال عبد الملك : فإن قال الشفيع أنا أسلم الجميع إليك فليس له ذلك إلا برضاء القادِم فإن رضيا بذلك ثم جاء ثالث قائماً طاع به الأول للثاني فوق ما يلزمه يتبع بأخذه الثالث من الثاني بالشفعة إلا أن يشركه الثاني فيه بقدر حقه بما يصيبه في ذلك من الشفعة، وإن كان الثاني هو التارك ذلك كله للأول إلا قدر ما يصيبه مع جميع شركائه فليس يبيع ولا شفعة فيه إلا الشفعة الأولى يأخذ منها الثالث بقدر حقه لو حضر معهما.

قال ابن القاسم وأشهب : وإن تساوى نصيبُ الأول والثاني فاقسما الشفعة نصفين، ثم قدم ثالث له مثل مصابة أحدهما فإنما يأخذ بالشفعة إن شاء ثلث ما في يديهما فيصير لكل واحد منهما ثلث ذلك، قال أشهب : وهو مُخَيَّرٌ أيضاً في كتاب عهده على المشتري الأول أو على الشفيع الأول أو عليكما، وإن شاء أخذ بالشفعة ثلث ما بقي في يد أحدهما وترك ما في يد الآخر وليس له أن يكتبها هنا عهدته على المشتري الأول لأنه يقول ليس لك أن تأخذ مني بعضاً وتدع /²⁸ بعضاً ولكن يكتب عهده على مَنْ أخذ منه إن كان الأول يريد دون الثاني، وإن أخذ من الثاني خاصة كتب عهده على أي الشقيقين شاء، ثم إن قدم رابع وله مثل مصابة أحدهم فله أن يأخذ ربع ما بيد كل واحدٍ منهم مما أخذ بالشفعة، وهو مُخَيَّرٌ في كتاب عهده على المشتري الأول أو على أول الآخذين أو عليه وعلى الثاني أو على جميعهم، وإن شاء أخذ بالشفعة ربع ما في يد أيكم شاء وترك ما في يد مَنْ شاء، ثم ليس له أن يكتب عهدته على المشتري الأول ولكن على مَنْ أخذ منه خاصة إن كان الأول وإن كان الثاني كتب ذلك على أي الشقيقين الأولين شاء، وإن أخذه من الثالث كتب عهدته على أي الشفعاء الثلاثة شاء.

(1) في ع، فإن لم يقدر.

قال سحنون في المجموعة : فإن حضر أحدهم فأخذ الجميع ثم باعه من أجنبيٍّ ثم قدم الشفيع فله أن يأخذ نصف هذا الشَّقْصِ من المشتري الأول بنصف الثمن ويأخذ النصف الآخر من المشتري من الشفيع الذي اشترى منه هذا الثاني.

قال ابن المواز : فإن كان ذلك في صفقاتٍ فللحاضر الأخذ بأي صفقة شاء، ثم إن قدم ثانٍ شركه فيها وكان له أخذ بقية الصفقات أو ما شاء منها مثل أن يكون الشفعاء ثلاثة والصفقات ثلاثة فأخذ الحاضر الصفقة الآخرة وهي ثلث الربع وسَلَّم غيرها فذلك له وللمشتري الدخول معه بالصفقتين الأوليين وذلك ثلثا الربع وللشفيع ربعٌ كامل يُقسَمُ بينهم هذه / الصفقة وهي ثلث الربع على خمسة أجزاء ثم إن قدم ثانٍ فسَلَّم للمشتري ما سلم له الأول [كان رُبْع] الصفقة للمبتاع وثلاثة أرباعها بين الشقيقين فإن لم يُسَلَّم له الثاني شيئاً فللثاني أخذ الصفقتين الأوليين وحده ويكتب عهدئهما على المشتري ثم له الرجوع مع الأول في الصفقة الآخرة التي هي ثلث الربع يدخل فيها الثاني بخمسة أثمانها وللأول وثلاثة أثمانها، لأن الأول له الربع وهو ثلاثة أجزاء وللثاني الربع أيضاً ثلاثة وله ثلثا الربع بالصفقتين اللتين أخذهما هو خاصة التي سلمها الأول، ثم إن قدم ثالث فله نصف الصفقتين اللتين سلمهما الأول فيصير له أربعة وللثاني أربعة وللأول ثلاثة فيقسموا ثلث الربع وهو الصفقة الثالثة على أحد عشر جزءاً للأول ثلاثة ولكل واحد من هؤلاء أربعة.

ومن العتبية⁽¹⁾ من سماع يحيى بن يحيى عن ابن القاسم ومثله لمطرف من رواية ابن حبيب وقال : في ثلاثة بينهم أرض فباع أحدهم فلم يعلم الباقيان أو لم يقوما بالشفعة ولم يفت وقتها حتى باع أحدهما، قال : الشفعة فيما باع البائع الأول للبائع الثاني وللشريك الثالث المتمسك لأن الثاني باع بعد وجوب الشفعة له في بيع الأول فلا يُبْطَلُها بيعه، فإن ترك البائع الثاني الأخذ بالشفعة مع الشريك الذي لم يبع فالشفعة كلها واجبة للثالث الذي تمسك بحظه فيما باع الأول والثاني، وإن

(1) البيان والتحصيل، 12 : 81.

ترك الآخذ بالشفعة فيما باع الأول وأراد أن / يستشفع ما باع الثاني صار المشتري 29
من البائع الأول شفيعاً مع الثاني الذي لم يبع حظه فيما باع الثاني لأنه نزل منزلة
بائعه إذ لم يؤخذ منه بالشفعة فصار شريكاً للبائع الثاني ولصاحبه الذي لم يبع
فباع الثاني حين باع والمشتري من البائع الأول شريكٌ تجب له الشفعة.

في المشتريين لشقص فريد الشفيع أن يأخذ من أحدهما دون الآخر أو يكون المشتري واحداً لأشقاص من دور ولكل واحد شفيع

من كتاب ابن المواز والمجموعة قال ابن القاسم : وإذا باع الشريك من
رجلين فقال الشفيع أنا آخذ من أحدهما وأدع الآخر فليس له إلا أن يأخذ الجميع
أو يدع، وقال أشهب : له أن يأخذ من أحدهما، محمد : وهذا أحب إلينا، وقاله
سحنون.

قال أشهب : وليس الذي سَلِمَ إليه الشفعة بما سلم إليه لوجوب الشفعة
قبل ذلك. قال أشهب : وإن اشترى ثلاثة من ثلاثة اشتروا من أيديهم حصّة من
نخلٍ ومن الآخر من دارٍ ومن الآخر من أرضٍ أو ابتاع رجل حظّ رجل من دارٍ في
صفقةٍ وشفيع ذلك كله واحدٌ أو كنتم شفعاء فلك أيها الشفيع أو أحد الشفعاء
أن يأخذ حظ أيهم شاء من الدار أو النخل أو القرية ويُسَلِّمَ حظ الباقيين وليس
لكم ولا لواحد منكم أن يأخذ حظ أحدهم من نخلٍ ويدع حظه من الدار حتى
يأخذ جميع حظه ولكم أن تفتروا فيأخذ أحدكم مصابةً أحد المشتريين كلها
ويأخذ / الآخر مصابةً الآخر كلها (وأيكم) قال : لا آخذ إلا مصابةً فلان وقال 30
الآخر وأنا فيها معك شريكٌ وأخذ مصابةً فلانٍ معها فذلك له ولا مقال لشريكه
ولا للمأخوذ ذلك منه، قالوا : ولو اشترى واحدٌ من اثنين في صفقةٍ فليس للشفيع
ها هنا أخذ بعض الصفقة، قاله ابن القاسم وأشهب، وإن بعث حظاً من دارين

من رجل ولكل واحد شفيع فلكل واحد أخذ ما هو شفيعه بعد قبض الثمن على الشَّقِصَيْن فيعرف حظه ذلك فإن أخذ قبل معرفة ذلك فأخذه باطل ثم له أخذ ذلك بعد العلم.

قال ابن القاسم وأشهب : ومن ابتاع حَظًّا من دار من رجل وحظًّا من حائط من آخر وشفيعهما واحد فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو يترك، قال ابن عبدوس : وقاله عبد الملك.

قال محمد : وأنا أنكر أن يجمع رجلان شفيعتهما في صفقة وَلْيُرَدَّ ذلك إن علم به المشتري ما لم يفتَّ بحوالة أسواق أو ببيع أو لا يأخذ بالشفعة أو غيره فينفد وَيُقَسَّم الثمنُ على القيمة، قال أشهب في الكتابين متصلا بكلام عبد الملك : وكذلك إن كان الشفعاء جماعةً فليس لهم أن يأخذوا النخل دون غيرها فإما أخذوا الجميع أو تركوا قال أشهب : فإن أخذوا الجميع على أن لأحدهم من ذلك النخل وللآخر الدَّور فليس للمشتري أن يأتي ذلك ولا حجة له وليس بقياس وهو استحسان.

تم الجزء الأول من كتاب الشفعة
بحمد الله وعونه

ويليه الجزء الثاني منه إن شاء الله
والحمد لله وحده

الجزء الثاني من كتاب الشفعة

فيمن ابتاع شِقْصاً ثم باعه أو أقال منه أو وهبه⁽¹⁾

ومن المجموعة ابن القاسم عن مالك فيمن اشترى شِقْصاً ثم باعه من رجل ثم باعه الرجل الآخر وتداولته⁽²⁾ أملاك فللشفيع أن يأخذ بأي صفقة شاء ويفسخ ما بعدها، وقاله أشهب وعبد الملك، قال أشهب : فإن أخذها من الأول كتب عَهْدَتَهُ عليه ودفع من ثمن الشَّقْصِ إلى الثالث ما اشتراه به لأنه يقول لا أدفع الشَّقْصَ حتى أقبض ما دفعتُ ويدفع فضلاً إن كان للأول إن فَضَلَ للثالث مما اشترى به شيء رجع به على الثاني وليس للثالث حَبْسُهُ حتى يدفع إليه بقية ثمنه ثم رجع الثاني على الأول بما اشترى به الشَّقْصَ منه وإن أخذها من الثاني بعهدته عليه وثبت بيع الأول⁽³⁾ ويدفع من ثمن الشَّقْصِ إلى الثالث ما اشتراه به ويدفع فضلاً إن كان إلى الثاني، وإن فَضَلَ إلى الثالث مما اشترى به الشَّقْصَ شيء رجع به على الثاني، ولا تراجع بين الثاني والأول لتمام بيعهما وإن أخذها من الثالث كتب عهده عليه [وتَمَّ ما قبل ذلك من بيع]⁽³⁾.

(1) تضاف إلى ع في المقابلة نسخة القرويين المسجلة في الغشاء الذي يحمل رقم 793.

(2) في الأصل، وتداولوه أملاك وآثرنا كتابة ما في ف.

(3) في ق وثبت ما تقدم من بيع الأول.

ومن المجموعة وقال غيره : وإذا اشترى شِقْصاً بمائة ثم باع نصفه بمائة
فللشفيع أخذ الشقص كله ممن اشتراه أولاً بمائة [وإن شاء]⁽¹⁾ من الثاني بمائة
ونصفه من الأول بخمسين.

ومن كتاب ابن المواز والمجموعة قال مالك : وإذا تقايل المتبايعان للشفيع
الشفعة بعهددة البيع لا بعهددة الإقالة، قال أشهب : وهو استحسان كان /
المستقيل البائع أو المبتاع والقياس أن يأخذ من أيهما شاء ولو قاله قائل لم أعبه.
قال مالك : فإن سلم الشفعة بالإقالة جائزة.

قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون : إن ريء أن التقايل منهما كان
لقطع الشفعة بالإقالة باطل وللشفيع الشفعة بعهددة الشراء وإن ريء أنها على وجه
الصحة وإرادة الإقالة فهو بيع حادث وللشفيع الشفعة بأي بيعتين شاء.

ومن كتاب ابن المواز وقاله أشهب وابن الماجشون في المجموعة وقاله مطرف
في الواضحة : وإذا سلم الشفيع الشفعة ثم تقايل المتبايعان كان للشفيع أخذها
بالشفعة بعهددة الإقالة من البائع ويصير بيعاً حادثاً لزوال التهمة.

قال ابن الماجشون في المجموعة ومطرف في كتاب ابن حبيب : وكذلك لو
ولاه أو أشرك فيه فللشفيع الشفعة بذلك.

قال أشهب في كتاب ابن المواز : ولو تقايل بزيادة أو نقصان قبل تسليم
الشفيع فله الشفعة على أيهما شاء وكذلك لو تقايل بعد تسليمه بالثمن نفسه.

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة : ومن اشترى شِقْصاً له شفيع غائب
فقاسم شركاءه ثم قدم الشفيع فله رد القسمة والأخذ بالشفعة، قال أشهب : وإنه
ليأخذ بالقلب أن ليس له رد القسم لأنهم قاسموه من يجوز قسمه. وقال سحنون :
يمضي القسم ويأخذ ما صار له بشفعته. قال أشهب : ولو حبس الشقص لكان

(1) ما بين معقوفين ساقط من الأصل مثبت من ع وف.

للسفيح رُدُّه والأخذ بالشفعة، قال هو وعبد الملك وهو في كتاب محمد : ولو باع / المبتاع الشقص فقال السفيح أنا أخذ بالشفعة من الأول وأجيزَ بيعه وأخذ ذلك بجائز وهو ربح ما لم يضمن قال عبد الملك وهو بخلاف الإستحقاق. قال أشهب وهذا إذا لم يكن السفيح أوجبها على نفسه قبل بيع الأول وأشهد⁽¹⁾ على ذلك فهو في البيع الثاني بالخيار، إن شاء أجاز بيعه وأخذ ثمنه وإن شاء نقضه وأخذ شِقْصَه وليس للسفيح أن يدفع إلى الأول ما اشتراه به إلا ما فضل عما اشتراه به الآخر اختار السفيح الشَّقْص أو الثمنَ لا له أن يأخذَه بالثمن الآخر إن كان قد أخذ أولاً بالشفعة حين بلغه أن الآخر قد دفع.

ومن المجموعة قال سحنون : فيمن اشترى شِقْصاً بنقد فباعه بدَّين وله شفيعان فقال أحدهما : يأخذ بالبيع الثاني وقال الآخر : يأخذ بالأول فليس ذلك لهما أن يفرقا الصفقة عليه.

في الشَّقْص يباع بعرض أو بدَّين أو يؤاجره أو يُكرى به

من المجموعة قال ابن وهب عن مالك : فيمن اشترى شِقْصاً بعَتَرٍ ولم يجد السفيح عنبراً قال : عليه قيمته.

ومن كتاب ابن المواز : (وإن اشتراه بحُلِّي جُزأً فأخذه بقيمة ذلك الحلي من ذهب أو فضة يقوم بخلافه)⁽²⁾ فإن استُحِقَّ ذلك أو رُدَّ بعيب رجع بقيمة الشَّقْص إن فات بأخذ السفيح أو بغير ذلك، وكذلك في السبائك أو في الرصاص والنحاس والطعام المعين وإن لم يُؤخذ الشَّقْص بالشفعة ولا فات رجع فيه بعينه.

(1) ما بين معقوتين نقلناه من ف و ع وهو ناقص من صورة الأصل لأنه لم يلتقط أثناء إخراجها.

(2) كذا في الأصل والعبارة في ع، على الشكل التالي : وإن اشتراه بحلي جزأً من ذهب أو فضة أخذه بقيمة ذلك الحلي ويقوم بخلافه.

ومنه ومن كتاب ابن المواز قال مالك : فيمن اشترى شقصاً بثلثين مؤجل / [فليس للشفيع تعجيل قيمة الدين ولا يحتج بعدم المبتاع ولا بغير ذلك] 31 وإن كان الشفيع عديماً لم تأخذه إلا بحميل ثقة⁽¹⁾. محمد ولم يختلف فيه أصحابه قال وإن كانا مليّين قال أشهب وإن لم يكن الشفيع مثله في الملاءة فليأت بحميل⁽²⁾ في مثل ثقة المشتري وملائته قال محمد : والذي عندنا أن ليس عليه حميل إذا كان ملياً ثقةً، وإن كان المبتاع أملاً منه ولم يشترط، هذا في رواية ابن القاسم وأشهب عن مالك، وقاله عبد الملك كروايتهما، وإن اتفقا في العدم فأبى المبتاع تسليم الشفعة إلا بحميل واحتج بتفضيل البائع عليه أو حميله لعدمه فلا حجة له بذلك ولا حميل له وإن كان أعدم منه فليأت بحميل في مثل عدم المبتاع أو ملائته. قال محمد : إذا كان الشفيع عديماً فلا شفعة له إلا بحميل ثقة كان المبتاع عديماً أو لم يكن.

قال أشهب : وإذا اشتراه بثلثين مؤجل بحميل أو رهني فقام الشفيع وهو أملاً منه فإن لم يجد حميلاً أو رهناً مثله فلا شفعة له إلا بمثله، ولو جاء برهن لا يشك أن فيه وفاءً لم يقبل إلا بمثل الأول ولو كان برهن وحميل فجاء برهن ولم يقدر على حميل فلا شفعة له قال : وأصبنا لأشهب أنه إن كان الشفيع أملاً من الحميل ومن الغريم فله أن يأخذ بلا رهن ولا حميل.

قال محمد : والأول أولى عندنا. قال عبد الملك في الكتابين : [وإن لم يقيم الشفيع]⁽²⁾ حتى حل أجل الدّين ورد الثمن، قال فله من الأجل مستأنفاً مثل أجل المشتري الأول، فإن كان / ثقةً دفع إليه وإن لم يكن ثقةً قيل له أثبت بحميل ثقة. 31 ط

وكذلك ذكر ابن حبيب عنه وعن مطرف وزاد : فإن عجز عن ثقة ولم يكن هو ثقةً قطع السلطان شفيعته، فإن وجد ثقة ما بينه وبين حلول أجل الثمن أو بعده فلا شفعة له وذلك كعجزه عن الثمن إذا أوقفه السلطان.

(1) في ع، بحميل معه والصواب ما أثبتناه من ف.

(2) ما بين معقوفين لم تستخرجه صورة الأصل فسقط منها وقد أثبتناه من ع وف.

قال ابن حبيب وقال أصبغ : إذا قام بعد محل الأجل فلا يأخذه الشفيع إلا بنقد. قال ابن حبيب : وبالأول أقول، وهو قول مالك.

ومن كتاب ابن المواز قال أشهب : وإن اشترى بعرض موصوف فللشفيع أخذه بقيمة العرض إلى أجله على مثل [مَنْ] ⁽¹⁾ هو عليه، ولا يجوز أن يأخذ ذلك قبل معرفتهما بقيمته، محمد : وهذا غلط ولا يأخذه إلا بمثل العرض إلى أجله وإنما تؤخذ القيمة نقداً في شرائه بعرض بعينه ولأنه إذا استحق المَعِين قبل قيام الشفيع أمضى البيع، وفي الموصوف لا يُتَقَضُّ البَيْعُ والشفعة قائمة، ثم ذكر محمد عن أشهب : أنه إذا اشتراه بعرض إلى أجل فعلى الشفيع مثله إلى أجله.

ومن كتاب محمد بن المواز ⁽²⁾ وهو لأشهب في المجموعة : ولو عجل الشفيع الثمن فالمبتاع أولى به وليس للبائع منه من قبض الشقص إن لم يكن قبضه المبتاع، ولو قال الشفيع أنا أرضى أنقده البائع فليس له ذلك إلا برضى المبتاع. وكذلك لو حل لم ينبغ أن يدفعه عنه إلا بأمره أو بأمر السلطان.

ومن كتاب محمد والمجموعة وكتاب ابن حبيب قال بن الماجشون : ومن اشترى شقصاً بدين له على البائع إلى سنة / فلا يأخذ الشفيع إلا بقيمة الدين ³² عرضاً نقداً يدفعه الآن لأن الدين عرض من العروض وكذلك إن لم يقيم الشفيع حتى حل أجل الحق فلا ينظر في وقته بعدما يشفع. قال عنه ابن حبيب : وإنما يُقَامُ الدَّيْنُ بعرض مثل الخنطة والزبيب وشبهه ولا يُقَامُ بمثل بانٍ أو عرضي وما ليس [بقائم] ⁽³⁾ ثمنه ولا متعجل بيعه.

وقال ابن عبدوس عن سحنون : أنه كان يقول في ذلك بقول عبد الملك إلا [أنه] ⁽⁴⁾ قال : يقوم الدين بعرض ثم يقوم العرض [بعين] ثم يأخذ الشفيع بذلك.

(1) (من) ساقطة من الأصل.

(2) في ع، ومن كتاب ابن المواز وفي الأصل ومن كتاب محمد والجمع بينهما جاء في ف وهو ما أثبتناه.

(3) (بقائم) ساقطة من الأصل.

(4) (إنه) ساقطة من الأصل.

قال ابن المواز وابن حبيب قال مالك : لا يأخذه الشفيع إلا بمثل ذلك الدّين أو يتركه، وكذلك إن كان البائع عديماً بذلك الدّين لم يأخذه بقيمته ولكن يأخذه به أو يتركه وقاله أشهب قال : ولا قيمة في الذهب والفضة والقيمة في العروض، وقال ابن الفاسم نحو قول أشهب.

قال ابن حبيب قال مالك : وكذلك إن كان يهضم فيه أو كان على مفلس⁽¹⁾ لا يسوى ما عليه ثلث الدّين فلا يأخذه إلا بجميعة⁽²⁾ فإن كان الدّين يومئذ حالاً أخذه به حالاً وإن كان لم يحل أخذه إلى مثل ما كان بقي فيه إلى الأجل كان الأجل يوم قيام الشفيع حلّ أو لم يحل. قال أصبغ : إنما يستشفع بمثل الدّين نقداً إلا أن يكون يُهضم فيه هضمة⁽³⁾ بينة فيأخذه بقيمة الشقص لا بقيمة الدّين. قال ابن حبيب : وقول مطرف أحب إليّ، وإن كثر بهضمه فيه فلا يأخذه إلا بجميعة.

قال ابن الماجشون في كتاب محمد والمجموعة : وإن اشتراه بكتابة مكاتب [أخذه بقيمة الكتابة عرضاً يقوم على أنه يؤدي أو يعجز فإن عجز⁽⁴⁾] / فهو رقيق لبائع اشقص.

قال في المجموعة قال مالك : وإن اكترى إبلأً إلى مكة بشقص أو واجرته أجيراً أو ذاراً سنةً فللشفيع الشفعة بمثل كراء الإبل [وبقيمة الكراء والإجارة]⁽⁵⁾. وقال أشهب : بمثل كراء الإبل إلى مكة من مثل صاحبها إن كان مضموناً فمضمون وإن كانت بأعيانها فبأعيانها، وقاله عبد الملك في الإجارة بمثل أجرة من استؤجر بها.

(1) في ع، على ملك.

(2) في ع، فلا يأخذه الشفيع إلا بجميعة.

(3) في ع وف، هضمة.

(4) ما بين معقوفتين ساقط من الأصل مثبت من ع وف.

(5) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

وقال ابن المواز عن مالك وابن القاسم وعبد الملك : يأخذ الشَّقْصُ بقيمة أجرة الأجير وبقيمة كراء الدار كم يسوى ذلك يوم الوجيبة على البعد ويكتب عهده على الأجير وعلى من أخذ منه. قال محمد : فإن مات الأجير أو هلك الدابة أو انهدم المسكن في نصف السنة فليرجع البائع بقيمة نصف شِقْصه على المبتاع ولا يُنْقَصُ على الشفيع شيء.

وقال أشهب في المجموعة : إن ماتت الإبل في نصف الطريق فرجع عليه المكاري بنصف قيمة الشَّقْص رجع المكري على الشفيع بما رجع به رب الشَّقْص عليه ويُقَاصُّه من نصف ما كان أخذ منه من قيمة كراء إبله إلا أن يكون قيمة كرائها أكثر من قيمة الشَّقْص فيكون الشفيع هو الراجع عليه بنصف كراء إبله ويدع له من ذلك نصف قيمة الشَّقْص ونحوه عن عبد الملك.

ما جاء في الشَّقْص يباع معه ما لا شفعة فيه

33 من كتاب ابن المواز : وكل ما يبيع مع الشَّقْص مما لا شفعة فيه / فليقبض الثمن عليه وعلى الشَّقْص فيأخذ الشفيع بما قابل الشَّقْص منه فإن استوجبه قبل المعرفة بما يقع على الشَّقْص لم يجز، وأما آلة الحائط وعبيده ودوابه فذلك كبعضه إلا أن يضاف إليه يوم الصفقة وقد كان أخرج منه قبل ذلك فلا شفعة فيه ويقضي الثمن، وقاله مالك وابن القاسم وأشهب : فيمن اشترى شِقْصاً أو بعيراً بعينه، فإن كان البعير من الشَّقْص قدر ثلث الجميع بالقيمة يوم الصفقة أخذ⁽¹⁾ الشفيع الشَّقْص بثلثي قيمة العبد ثم إن استحق العبد⁽²⁾ رجع بائع العبد بثلث قيمة العبد على بائع الشَّقْص، وإن ابتاع شِقْصاً وقمحاً بدنانير فلا بد من تقويم القمح والشَّقْص فيأخذ بحصة ما يقع للشَّقْص. محمد : وكذلك لو ابتاع شِقْصاً ومع مائة درهم بمائة دينار - يريد محمد على قول أشهب - الذي يجيز البيع والصرف معاً [في صفقة]⁽³⁾.

(1) في الأصل، أخذ من الشفيع الشَّقْص.

(2) في الأصل، ثم إن استحق البعير.

(3) (في صفقة) ساقطة من الأصل مثبتة من ع وف.

في الشَّقْص يباع بما لا يسوى
أو يضع البائع من ثمنه أو يُزَادُ فيه
أو يأخذ في الثمن غير ما وقع به
أو يشتريه بثمن قليل
واختلاف الشفيع والمبتاع في الثمن

من المجموعة قال سحنون : إذا ظهر للحكم في ثمن الشَّقْص تجاوزاً [إلى] (1)
ما لا يشبه التغابن فيه أو الزيادة في مثله بجوار ملك أو حديد وكان الأغلب أنه
حيلة لقطع الشفعة فليُرَدَّه إلى أشبه ذلك وأقر به إلى قيمة الشَّقْص، وإن ادعى
الشفيع عِلْمَ الثمن قضى له / به مع يمينه إلا أن يأتي بأقل من القيمة.

33 ظ

قال ابن المواز قال مالك في رواية أشهب وهو في العتبية : في اختلاف
الشفيع والمبتاع في الثمن أن المبتاع مصدق فيما يشه بلا يمين. [وفيما لا يشبه مع
اليمين إلا أن يكون يجاوره ملك أو سلطان، فيصدق فيما لا يشبه الثمن بلا
يمين] (2). وقال ابن حبيب : إن ذكر المبتاع ما يشبه وعلى ذلك بينة لم يحلف وإن
أتى بسرف سُئِلَت البينة فإن قالوا شهدنا على إقرارها رد إلى القيمة وإن قالوا على
معانة النقد قيل للشفيع خذ بذلك أو دع. وقال مطرف : يُصَدَّق المشتري وإن
جاء بسرف من الثمن.

ومن العتبية (3) روى عيسى عن ابن القاسم : فيمن أوصى أن يُباع شَقْصٌ له
قيمتُه ثلاثون ديناراً من رجل بعشرة دنانير ولا مال له غيره ثم مات فإنه يقال
للمبتاع إن لم يجز ذلك الورثة فزد عشرة أخرى وخذ الشَّقْص، فإن فعل فللشفيع
أخذ الشقص بعشرين وإن أتى قطعوا له بثلث الشقص ولا شفعة فيه للشفيع،
قيل له : لِمَ أعطيتها للشفيع بعشرين وقد حُوبِيَ المشتري بعشرة ؟ قال : كما قال

(1) (إلى) ساقطة من ف.

(2) ما بين معقوفتين ساقط من الأصل مثبت من ع وف.

(3) البيان والتحصيل، 12 : 92.

لو اشترى رجل شقصاً بعشرين وقيمته أربعون وحاباه بعشرين فللشفيع أخذه بعشرين.

ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم : ومن باع في مرضه شقصاً فحابه فيه فالبيع جائز والمحابة في ثلثه ويأخذه الشفيع بذلك الثمن ولو كان في صحته فهو كذلك إلا أن يبقى⁽¹⁾ ما لا يشبه أن يكون ثمناً لقلته فلا شفعة بذلك في صحة أو مرض، ومن المجموعة قال ابن القاسم وأشهب : إذا قال البائع بعد البيع للمبتاع / اشتر حصته فزدي فزاده فلا شيء على الشفيع من الزيادة.

34

قال أشهب في المجموعة : وللمبتاع أن يرجع على البائع بما زاده بعد أن يحلف ما زاده إلا فراراً من الشفعة وإلا فلا رجوع له.

قال ابن المواز وقال عبد الملك : يأخذ الشفيع بما زاد البائع وإلا ترك ولا يتهم [المبتاع]⁽²⁾ أن يزيد إلا بصلاح البيع. قالوا كلهم : وإذا استوضع المبتاع البائع بعد البيع قبل أخذ الشفيع أو بعده فوضع عنه فذلك موضوع عن الشفيع إن كان مما يوضع مثله في البيوع وإن كان ما لا يتوضع مثله فذلك هبة. قال أشهب : وهذا استحسان والقياس أن يحط ما حط عنه قل أم كثر بمنزلة ما باعه إياه بدءاً بنصف ثمنه أو بثلثه فللشفيع أخذه بذلك وإن كان التخفيف عنه على وجه الصلة، قال محمد : وقد قال ابن القاسم أيضاً : إن بقي من الثمن ما يشبه أن يكون ثمن الشقص فهي ذريعة وتهمة بينة وليحط عن الشفيع ما حط وإن كان ما بقي لا يشبه ثمنه لم يلزمه أن يحط ما حطه.

قال أشهب في المجموعة : وإن كانت الوضعية بعدما سلّم الشفيع الشفعة فإن كان يشبه ما وضع الآن فحاصّر له فللشفيع الرجوع إلى الأخذ بهذا الثمن، وإن كان لا يشبه مثل أن يضع أكثر الثمن فلا رجوع للشفيع إليها.

(1) في الأصل، إلا أن بها ما يشبه.

(2) (المبتاع) ساقطة من ع.

ومن كتاب ابن المواز قال عبد الملك : إذا ابتاع شِقْصاً بدنانير فنقد عرضاً أو بعرض فنقد دنائير فليأخذه الشفيع بما خلص إلى البائع من الثمن من عرض أو عين. قال محمد : وأحب إلينا ألا / يأخذه إلا بما وقع عليه العقد إن أخذ عرضاً من ذهب أو ورق فليأخذ الشفيع بالعين إن كان مثل ذلك أو أقل وقد قيل لما وقع عليه أصل الشراء أو قيمته إن كان عرضاً.

قال ابن عبد الحكم : إلا أن يدفع ذهباً عن وَرِقٍ أو وَرَقاً عن ذهب فليأخذه بما دفع كالمراجعة. وقال أشهب : إن دفع وَرَقاً أو طعاماً عن ذهب أخذه الشفيع بأقل ذلك. محمد : وهذا أحب إلينا.

قال سحنون في المجموعة : إذا أخذ عرضاً عن دنائير فقولنا أن يأخذه بقيمة العرض. قال ابن عبدوس وقال غيره : يأخذه بالأقل [من ذلك]⁽¹⁾.

في الشَّقْصِ يؤخذ في صلح من دم عمد أو خطأ أو يؤخذ في نكاح أو خُلْعٍ أو يكون في ذلك غيره

قال مالك في كتاب ابن المواز والمجموعة وغيرها : من صلح من دم عمد على شِقْصٍ أو نكح به فالشفعة له بقيمته.

قال ابن القاسم وأشهب : [ولا يجوز الإشفاق في ذلك إلا بعد المعرفة بقيمته. قال ابن القاسم وأشهب]⁽²⁾ : وإذا أخذ الشَّقْصَ في دية خطأ فليؤخر الشفيع كما تؤخر العاقلة فإن كان عن ثلث دية أُخِّرَ عاماً وفي الثلثين يؤخر عامين. قال مالك : وفي النصف تجتهد فيه. وقال ابن القاسم : يؤخر عامين. وقال أشهب : يُؤدِّي الثلث في أول سنة والسدس في الثانية.

قال ابن عبدوس قال سحنون : لا يجوز أن يأخذ في النصف شِقْصاً ولا غيره حتى يمضي فيه حصته من حاكم يقطعها على العاقلة في سنتين أو غير ذلك،

(1) (من ذلك) ساقطة من الأصل.

(2) ما بين معقوفتين ساقط من ع وف.

لأن ذلك إلى اجتهاد الحاكم فهو مجهول ولا يباع بشيء حتى يعرف بالحكم في قول / ابن القاسم. وقال في المصالح عن جميع الدية على شقص إن كان أعطى ذلك العاقلة أهل ذهب أو ورق فالصلح جائز. فيرجعه ابن القاسم عليهم بالأقل إن كان صلحه عليهم. وإن كانوا أهل إبل فإن كان القاتل يعطي الشقص ولا يرجع بذلك على العاقلة فهو جائز، وإن كان إنما صالح عنهم ليرجع لم يجز الصلح لأنهم عليه مُحَيَّرُونَ وَيُرْجَعُ في هذا إلى مسألة ابن القاسم في الكفيل يصلح عن الغريم.

وكان سحنون يقول في هذا الأصل بقول عبد الملك : أن الدَّيْنَ له حُكْمُ العرض، فإذا اشترى الشقص بالدية وهي ديته فإن كانت دنانير أو دراهم قُومَتْ بالعرض على أن تؤخذ في ثلاث سنين ثم يُقَوَّم العرض بالعين. وقال عبد الملك : يأخذ ذلك بالعرض الذي قُومَ به الدَّيْنُ. قال سحنون : وإن كانت الدية إبلاً قُومَتْ على أن الإبل تؤخذ إلى ثلاث سنين ثم يأخذ بذلك الشفيع أو يدع - يريد وينقد.

قال ابن المواز : رُوِيَ عن ابن القاسم أنه يُؤَخَّرُ الشفيع في دية العمد كالخطأ. قال أحمد بن ميسر : وهذا غلط لأنه إنما يؤخذ بقيمة الشقص، ولو صالحه على الدية مبهمه ثم أعطاه بها شقصاً ففيه الشفعة بالدية على ما كان اتفاقاً عليه من تعجيل أو تأخير.

ومن كتاب ابن المواز والمجموعة عن ابن القاسم ! في مسألة الموضحَتَيْن الخطأ والعمد يؤخذ بهما شقص في دار فذكر قول ابن القاسم. قال ابن عبدوس : وهو قول أشهب. وذكر قول المغيرة فحكى نحوه عن ابن الماجشون، وقاله سحنون في مسألة الخلع.

35 ط / وقال ابن المواز : قال ابن نافع : لا يكون للموضحة العمد إلا ما فضل عن قيمة الشقص فإن كانت قيمته خمسين فأقل أخذته الشفيع بخمسين وعلماً أنه لم يأخذ للعمد شيئاً، وإن كانت قيمته ستين علمنا أن الزائد للعمد فيأخذه بخمسين وبسدس قيمة الشقص، وبهذا أخذ ابن المواز وأعاب قول ابن القاسم.

قال ابن المراز : ولو وَدَى الجارحُ في الموضحتين عمداً وأخذ من المجروح شِقْصاً فإن زادت قيمة العبد على قيمة الشَّقْصِ ودية موضحة الخطأ شيئاً فالزيادة للعمد وإن لم يزد لم يكن للعمد شيءٌ مثل أن تكون قيمة العبد مائة وخمسة وعشرين وقيمة الشَّقْصِ خمسين فصار خمسُ العبد للعمد فعلى الشفيع خمسُ قيمة العبد، قال ابن المراز : وإن كانت قيمة العبد مائة عُلِمَ أن العمد لم يؤخذ له شيءٌ وإن كانت قيمته أقل من مائة لم يأخذ الشفيع إلا بنصف قيمة العبد إن كانت قيمة الشَّقْصِ خمسين وإن كانت قيمته مائة أخذه بثلثي قيمة العبد.

قال يحيى بن عمر : ولو صالحه منهما بشِقْصٍ وب عشرة دنانير فالعشرة مأخوذة من موضحة الخطأ خاصة ويأخذ الشَّقْصَ بأربعين ديناراً وبخمس أسباع قيمة الشَّقْصِ، وإن صالح منهما على شِقْصٍ وعرض قيمته عشرون ديناراً فالعرض مقسومٌ على الموضحتين وليأخذ الشَّقْصَ بأربعين ديناراً أو بنصف قيمة الشَّقْصِ. قال أصبغ : إذا صالح منهما على شِقْصٍ وعبد وقيمة العبد مثل قيمة الشَّقْصِ فقد أخذ العبد بنصف الموضحتين وبقي للشَّقْصِ نصفهما فيأخذه بنصف موضحة الخطأ وبنصف قيمة الشَّقْصِ ما بلغ /، وإن كان العمد من ذلك الثلث أو الربع أو الثلثين فما بقي للشَّقْصِ فهو للموضحتين.

قال أصبغ : ولو كان المجروح أعطى عبداً وأخذ شِقْصاً فقال : تُقَوِّمُ موضحة العمد بالإجتهد ويُنْظَرُ ما قيمة العبد وإلى عقل موضحة الخطأ فأخذ بذلك كله - يريد أصبغ إن كانت قيمة العبد بالإجتهد - وقدر الثلث من الجميع أخذ الشَّقْصَ بخمسين للخطأ وبقيمة العبد وبثلثي قيمة الشَّقْصِ وجرى كلام أصبغ ها هنا على أن موضحة العمد مقسومة بالإجتهد وجعلها في الصالح منهما على شَقْصٍ من غير عطية من المجروح على معنى ابن القاسم أن المأخوذ مقسومٌ على الموضحتين بالسواء ولم يجعل للعمد قيمةً بالإجتهد.

ومن كتاب ابن المراز : ومن أخذ في موضحة خطأ شقفاً ودفع خمسين ديناراً فليأخذه الشفيع بمائة دينار، وإن كانت موضحة عمداً فقط فودى المجروح

عشرة وأخذ شِقْصاً فليُنظر إلى قيمته فإن كانت خمسين فعلى الشفيع عشرة وأربعة أحماس قيمة الشَّقْصِ، وإن كانت ستين فعشرة وخمسة أسداس قيمة الشَّقْصِ.

قال عبد الملك : ومن نكح بشقص معه عرضٌ أو مَالٌ فالشفعة فيه بقيمة الشقص ما بلغ، قال : ولو نكح على أن أخذ منها شقصاً فأعطاه عشرة دنانير فإن كانت قيمة الشقص عشرة فسخ النكاح وإن نقصت قيمته ربع دينار فأكثر جاز النكاح، قاله عبد الملك، وبه أقول، وكرهه ابن القاسم، ولم نجد له فيه حجة، قال عبد الملك في المجموعة : فإن شاء الشفيع الأخذ / ضم قيمة الشقص إلى عشرة فإن كان الشقص نصف الجميع استشفع بنصف العشرة وإن رُبْعاً فبريعها⁽¹⁾، وهذا من قول عبد الملك على أصل المغيرة الذي في المدونة، وهذا الذي رُوِيَ عن عبد الملك في المجموعة من قوله : النصفُ أراه لا يصحُّ وإن صح فهو خلاف ما ذكر عنه ابن المواز : أن النكاح يفسد حتى يبقى مما أعطى الزوج ربع دينار.

وقال عبد الملك في المجموعة : إذا نكح امرأة بشقص وأخذ منها ديناراً وفي ذلك فضل مما لا ينقض النكاح فليضمَّ الدينار إلى قيمة الشقص فإن كان الدينار من جميعه العشر استشفع بدينار وتسعة أعشار قيمة الشقص أو ربع دينار وقيمة ثلاثة أرباعه قال : وإن أصدقها شِقْصاً وعبداً وأخدمها عشرة دنانير وفي ذلك فضلٌ مما لا يُفسدُ النكاحَ ضُمَّتْ العشرة إلى قيمة الشقص والعبد (فإن كانت العشرة الثلث فقد نقلت من العبد ثلثاً ومن الشقص ثلثاً)⁽²⁾ فإن كانت قيمة الشَّقْصِ أربعين وقيمة العبد عشرة فذلك مع العشرة التي أخذ ستون فيستشفعه بأربعة أحماس العشرة وخمسة أسداس قيمة الشقص، وقاله سحنون في الخُلْعِ، وقال : فإن استحق العبد رجع بخمس العشرة وخمسة أسداس قيمة العبد.

(1) في النسخ كلها وإن ربع فبريعها والصواب ما أثبتناه باعتباره خيراً لكان المعطوفة على كان الأولى والتقدير وإن كان ربعاً فبريعها.

(2) كذا في الأصل وف وأما في ع فقد جاءت العبارة على الشكل التالي فإن كانت العشرة السدس فقد نقلت من العبد سدسا ومن الشقص سدسا.

ومن كتاب ابن المواز قال : ولو خالعه على دنائير على أن أعطاها شقصا فإن كانت قيمته أكثر من الدنانير فليأخذ الشفيع بمثل تلك الدنانير وإن كانت قيمته أقل منها أخذ ذلك بالأقل / وكذلك لو دفعت إليه عرضاً، وإن كان الشقص منها والدنانير منه فعلى الشفيع الأكثر من قيمة الشقص أو من الدنانير. وكذلك في جناية العمد يأخذ المجني عليه شقصاً ويردّ مالا فليأخذ الشفعة بالأكثر، فإن أعطى شقصاً وأخذ مالا فليؤخذ بالشفعة بالأقل، ولو جرح زوجته موضحة⁽¹⁾ خطأ ودفعت إليه عن الموضحة وعن الخُلج شقصاً فليأخذ الشفعة⁽²⁾ بالأكثر من دية موضحته الخطأ أو قيمة الشقص. ولو دفع الجراح أو المختلعة شقصاً ومالاً أو شقصاً وعرضاً أو شقصاً وجرحاً خطأ فالشفعة بقيمة الشقص ما بلغت [من ذلك]⁽³⁾.

ما جاء فيمن صالح من شقص أو على شقص أو صالح به الكفيل عن غريم

ومن كتاب محمد : ومن ادعى حقاً في دار بيد رجل فصالحه بدنانير أو بشقص في دار أخرى ولم يُسمَّ ما⁽⁴⁾ دعواه من الدار فإن كانا مجهلان ذلك ويمكنهما معرفته أو كان أحدهما مجهله فلا يجوز الصلح. قال أحمد بن ميسر : وإن عرفاه جميعاً جاز.

قال محمد : وإن لم يعرفاه جميعاً ولا يصلان إلى معرفته فجائز. ومن ادعى حقاً في دار مُقرَّ فيه⁽⁵⁾ والمدعى عليه منكر فصالحه [منه بدنانير فلا شفعة له في

(1) الموضحة : الشجة في الرأس التي تبتلع العظم.

(2) في ع، فليؤخذ الشفعة بالأكثر.

(3) (من ذلك) ساقطة من الأصل.

(4) كذا في ف وأما في الأصل وع، فقد جاء فيها ولم يسميا دعواه.

(5) في ع وف في دار غابت عنه عوض في دار مقر فيه.

ذلك. وإن ادعى عليه سُدَسَ ما بيده فأنكر فصالحه⁽¹⁾ على شقص في دار أخرى ففيها أخذ المدعي الشفعة بقيمة المدعى عليه ولا شفعة في المدعى فيه. وإذا لم يُسَمَّ دعواه وهو بها عالم⁽²⁾ لم يجوز الصلح ولا شفعة في ذلك.

[قال مالك : ومن باع / شِقْطاً تجارية وقال إنما رغبْتُ في الجارية لهواي فيها 37 ظ فالشفعة في ذلك]⁽³⁾.

قال في المجموعة ابن القاسم وأشهب : وَمَنْ تَحَمَّلَ بِنَفْسِ رَجُلٍ فغاب المكفول به فلم يقدر عليه فصالحه الكفيل بشِقْصٍ فالصلح جائز إذا علم الدَّيْنُ ويأخذه الشفيع بالدين.

قال أشهب : وإن صالحت وأنت لا تدري ما يثبت للذي تكفَّلت له إلا أنه قد سماه لك للشفيع أن يُحْلِفَهُ أن دَيْتَهُ⁽⁴⁾ كذا وكذا ثم يأخذه الشفيع بذلك إن شاء، وإن أخذ به ثم جاء الغريم فلم يستحقَّ قبله من دعواه شيئاً لم يرجع الكفيل عليه بشيء ورجع على المتحمِّل له بالثمن الذي أُخِذَ من الشفيع لأنه الذي رَضِيَ أن يبيع به شِقْصَهُ إن كان صلحاً بغير إقرار، وإن كان بإقرار منك لم يرجع عليه بشيء.

والشفعة في جميع ذلك بما أخذها [به]⁽⁵⁾ ثبت الحق أو لم يثبت أو ثبت بعضه وإن كان إنما تحمل بالوجه وليس من المال في شيء فصالحه على شِقْصٍ للشفيع الشفعة بالأقل من قيمة الشقص أو مما على الغريم.

(1) ما بين معقوفين ساقط من ع.

(2) في الأصل، وهو بها غريم.

(3) ما بين معقوفين ساقط من ع.

(4) في الأصل، إن ديته كذا.

(5) (به) ساقطة من الأصل مثبتة من ف.

وقال ابن حبيب في كتاب الأحكام في باب (1) الصلح قال أصبغ : في الطالب يصلح المدعى عليه من دعواه وهو منكر على شقص في دار أنه لا شفعة فيه لأنه كالهبة (2).

في الشفعة في هبة الشقص للثواب أو لغير الثواب [أو بعتاء أو به حباء] (3)

قال ابن عبد الحكم في المختصر : اختلف قول مالك في الشفعة في الشقص يوهب لغير الثواب [فقال فيه الشفعة بقيمته وقيل لا شفعة فيه] (4). ومن العتبية (5) روى عيسى / عن ابن القاسم : فيمن تصدق على أخت له بحصة في قرية وقال : كنتُ أصبتُ من مورثها مالاً فسَهَمي عليها صدقة في ذلك ولا يعلم ما أهاب من مالها قال : لا شفعة في ذلك لأن الثمن لا يُعرَف ولا حوَرَّ عليها في ذلك الحظ لأنه لها بمعنى الشراء. قال سحنون مثله قال : لأنه ليس ببيع وهو تَمَخُّ (6) فيما لا يعرفه المقر له ولا يطلبه ولو كان عن شيء يطلبه أو يدعيه فصولح عنه (7) كان كالبيع وأخذ الشفيع ذلك بالقيمة إن لم يُسَمَّ ما أصاب من مورثها.

ومن كتاب ابن المواز قال : فإذا وهبه شقصا لغير الثواب فلا شفعة فيه وإن أثبت منها فلا شفعة فيها ولا في عوضها.

-
- (1) في الأصل، في كتاب الصلح.
 - (2) غير واضحة في الأصل.
 - (3) كذا في الأصل ولعل الصواب أو بجاء وجاءت العبارة في ع وف على الشكل التالي : أو يعطى لحياء والجباء : العطاء من غير جزاء وهو من قولهم حَبَّاهُ كذا أو بكذا أعطاه إياه بلا جزاء.
 - (4) ما بين معقوفتين ساقط من الأصل مثبت من ع وف.
 - (5) البيان والتحصيل، 12 : 73.
 - (6) هذه اللفظة غير متداولة في الإستعمال وقد كتبت في الأصل معرفة وهي من قولهم تَمَخَّى عن الأمر إذا ابتعد وتمخى إليه اعتذر وتَمَخَّى مِنْهُ تَبَرُّاً مِنْهُ.
 - (7) في ع، فصالح عنه.

قال محمد : وإذا فاتت الهبة للثواب في الرباع فوتاً يوجب القيمة فقد اُخْتَلِفَ في فوتها. فقال ابن القاسم : حوالة الأسواق في الهبة فوتٌ إلا في الدور، وقال أشهب : هو فوتٌ أيضاً في الرباع والهبة والبيع الفاسد، وقال ابن عبد الحكم، فإذا فاتت على ما ذكرنا فقال أشهب : فقد وجبت القيمة والشفعة، وقال ابن القاسم وعبد الملك : (لا يوجب الشفعة حتى يدفعوا الثواب أو يُقْضَى به ويُعْرَفَ)⁽¹⁾.

قال عبد الملك : إذ لعله يقول لم أرْ ثواباً وإن رأى الناسُ أنّي أردته⁽²⁾ فلا يكون له ثواباً ولا قول للشفيع أنك أردتَ إبطال شفعتي، وإن رأى أن الثواب قَبِضَ وَكُتِمَ أحلف من بيده الشَّقْصُ، قال محمد : وإن ترك الثواب بموضع الشفعة فلا شفعة إلا بعد دفع الثواب.

ومن العتبية⁽³⁾ قال : / عيسى عن ابن القاسم : فيمن دفع شقصاً على ثواب فيقول الموهوب له : مالي غائب أو غلامي غائب بمالي، أو شيء يعتذر به فخذ عشرة دنائير فإذا قَدِمَ مالي أُتِيْتُكَ بثواب ترضاه وتأخذها فيقوم الشفيع يريد الأخذ بالشفعة فلا شفعة له حتى يُثَابَ تمام الثواب، وكذلك لو قال الشفيع : أنا أدفع العشرة فإذا دفع تمام الثواب دفعته فليس ذلك له لأنه [إن لم يشبه رضاه رجع في عَصْرَتِهِ]⁽⁴⁾ ولم يلزمه تمام المثوبة ولا قيمة الهبة وذكر مثله ابن حبيب عن مطرف.

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أثنابه في الشقص أكثر من قيمته فقال أشهب : إن كان قبل فواتها فلا يأخذها [الشفيع إلا بجميع العوض وإن أثنابه بعد فواته]⁽⁵⁾ أخذها⁽⁶⁾ بالأقل من ذلك أو من قيمتها وقال ابن القاسم وعبد الملك :

- (1) في ف، لا تجب الشفعة حتى يدفع الثواب أو يقضي به.
- (2) في الأصل، أريد به والسياق يقتضي ما نقلناه من ع وف.
- (3) البيان والتحصيل، 12 : 74.
- (4) في الأصل، إن لم يشبه رضاه رجع في عصرته وهو تصحيف واضح.
- (5) في ع، بعد فواتها.
- (6) ما بين معقوفين ساقط من ف.

بل بقيسة العَوْض ما بلغ. قال مالك : وإذا أظهر الصدقة لم يحلف المتصدق عليه إن كان ممن لا يتهم وإن كان ممن يُتَّهَمُ أُخْلِفَ.

وقال ابن نافع عن مالك في المجموعة : يُنْظَرُ، فإن رأى أنه وَهَبَ لثواب لأنه محتاج وهب لأغنياء فاليمين على الموهوب وإن كان صغيراً فعلى أبيه⁽¹⁾ الذي قبل ذلك له وإن كان مستغنياً عن ثوابهم وإنما وهب لقربة أو صداقة فلا يمين في ذلك وإن وهب ولا قرابة بينهم ولا إخاء ولا حاجة له إليهم فاليمين في ذلك.

ومن كتاب ابن المواز : وَمَنْ أَعْمَرَ دَارَهُ عَلَى عَوْضٍ لَمْ يَجْزِ وَرُدَّتْ وَرَدَّ غَلَّتْهَا لِرَبِّهِ⁽²⁾. قال ابن القاسم : لأن ضمانها منه ويرد العوض، فإن فات / فقيمتها وما كان له مثل فمثله.

قال محمد : بل الغلّة للمستغل وعليه كراء المثل فيما سكن كالكرء الفاسد يفسخ ما بقي. قال ابن القاسم وأشهب : فيمن وهب داراً فاستحقَّ رجل نصفها واستشفع فجميع الثمن للواهب، ولو وهب شِقْصاً اشتراه فأخذه الشفيع من الموهوب فله الثمن عند ابن القاسم إذا كان يعلم أن له شفيعاً، وقال أشهب : الثمن للواهب في الشفعة والاستحقاق. قال محمد : وهذا أحب إلينا لأنه بالبيع الأول يأخذه فهو يفسخ ما بعده [من بيع].

[ما جاء⁽³⁾ في الشفعة في البيع الفاسد]

قال ابن المواز : لا شفعة في بيع فاسد عند مالك إلا بعد فوت الشقص، والفوت فيه عند ابن القاسم البناء والهدم والغرس وقلع الشجر، وقال أشهب : حوالة الأسواق فوت في الرباع كغيرها. قال : وإن أخذه الشفيع قبل فوته بمثل ما اشتراه به فلينقض أيضاً⁽⁴⁾ إلا أن يفوت في يده، فإن فات [في يده]⁽⁵⁾ يبعض ما

(1) كُتِبَ فِي الْأَصْلِ خَطاً عَلَى ابْنِهِ وَهُوَ خَطَأً وَاضِحٌ.

(2) فِي ع، لِرَبِّهَا.

(3) (مَا جَاءَ) سَاقَطَ مِنَ الْأَصْلِ.

(4) فِي ع، فَإِنَّهُ يَنْقُضُ أَيْضاً.

(5) (فِي يَدِهِ) سَاقَطَ مِنَ الْأَصْلِ مُثَبِّتَةً مِنْ ع وَف.

ذكرنا فرجع البائع على المشتري بقيمته يوم قبضه لزم الشفيع ما لزم المشتري من تلك القيمة إلا أن يكون أكثر - يريد مما أخذه به الشفيع - فالشفيع مُخَيَّر إن شاء ردَّ الشفعة وإن شاء تمسك⁽¹⁾ بها بتلك القيمة ما بلغث.

قال : وإن فات الشقص عند المشتري قبل أن يأخذه الشفيع ثم تراذَّ البائع والمبتاعُ القبضة انتقضت الشفعة بكل حال وخيَّر الشفيع إن شاء أخذه بالقيمة التي رجع المشتري إليها ما بلغث وإن شاء أسلم⁽²⁾. قال محمد : بل ذلك سواء / 39 ط
فات عند المشتري قبل أن يأخذه الشفيع أو لم يَفُتْ حتى أخذه الشفيع فقد لزم الشفيع أخذه بما تراذَّا به إلا أن يكون أكثر فيكون مخيَّراً بين أن يرُدَّ أو يأخذه بذلك.

ومن كتاب ابن المواز والمجموعة : قال ابن القاسم وأشهب : وإن باعه المبتاع بيعاً فاسداً. قال أشهب : أو ولأه رجلاً لَرَدًّا جميعاً ما لم يَفُتْ، قال أشهب : ولا شفعة للشفيع لأن بيعهما جميعاً مردود، فإن كان قد فات عند الأجل للشفيع أخذها من أيهما شاء بالقيمة التي لزمته بعد علمه بها، وإن كان إنما فات⁽³⁾ عند الأول ولم تفت عند الآخر فبيعُ الآخر مفسوخٌ وللشفيع الشفعة بالبيع الأول.

محمد : ولو باعه ثانٍ من ثالثٍ بيعاً جائزاً فهو فوُتٌ وللشفيع الشفعة على أيهما شاء، فإن أخذها من الأول فبالقيمة يوم قبضها ويرجع كل واحد من الباقيين بما دفع، وإن أخذ من الثاني فبالقيمة يوم بيعه وقبضه بعد علمه بذلك كله، وإن أخذ من الثالث فبالثمن وعهده على من يأخذ منه. وإن أخذ من الأول زالت عن الباقيين ولا يأخذ من الأول ولا من الثاني حتى يتراجعوا القيمة وتُعَرَّفَ، ولو فعل

(1) في الأصل، تماسك بها.

(2) في ع، وإن شاء سلم.

(3) في الأصل، إنما كانت وهو تصحيف واضح.

قبل ذلك لِنَقْضَ بذلك البيع الصحيح وما قبله وزالت الشفعة أخذها من الأول أو الثاني. ولو لم يأخذ بالشفعة حتى تراجعوا القيمة أو دخله فوت يوجب القيمة لم يكن فيه فسخ وليأخذ إن شاء بالقيمة ممن لزمته وعليه عهده بعد معرفتهما وإلا فأخذه باطل.

قال ابن ميسر : ثم له إذا عرفها أن يأخذ قال : وإن شاء بالثمن من الآخر. قال / أشهب في المجموعة : وإن كان مبتاع الشقص يبعاً فاسداً باعه من بائعه 40 إياه يبعاً فاسداً أو جائزاً ولم يدخل الشقص فوتاً إلا البيع فلا شفعة للشفيع على واحد منهما⁽¹⁾ وليس هذا البيع فوتاً وليتراداً ما تعاطيا فإن باعه البائع بعدما اشتراه [بيعاً جائزاً للشفيع أن يأخذ ذلك بالشفعة، محمد وإذا اشتراه]⁽²⁾ الثاني من الأول شراءً صحيحاً ثم لم يَقم الشفيع حتى رده الثاني بعيب فإن كان ذلك بعد أن غرم الأول قيمة الشقص لفساد البيع فليس له ردُّ بفساد البيع وله الردُّ بالعيب إن شاء.

قال ابن عبدوس قال سحنون : كيف يكون للمشتري الأول ردُّها بالعيب على البائع الأول والبيع الأول قد انتقض ووجب في القيمة لفوته وإنما يجب عليه الرجوعُ بفضل ما بين القيمتين، قيمتها صحيحة وقيمتها مَعِيبة فيصير المشتري غَرِمَ قيمة ما فات في يديه وليس ردها بالعيب كقولهم : فيمن تَعَدَّى على دَابَّةٍ فضَلَّتْ فغَرِمَ قيمتها بعد أن وصفها فحلف ثم وُجِدَتْ على خلاف ما وصف فليس لرَبِّها أخذها وإنما له تمام القيمة ؟

قال ابن المواز : وإن كان ذلك قبل تراجع القيمة فسخ البيع الأول ورجعت إلى البائع الأول، قاله ابن القاسم، ولو لم يَفْت الشقصُ بيْد الأول إلا ببناء أو هدم فليس للشفيع أن يأخذ حتى يترادَّ البائع والمبتاع القيمة ثم يأخذ ويغرم قيمة ما

(1) في الأصل، على واحد منهم.

(2) ما بين معقوفين ساقط من الأصل مثبت من ع وف.

بناه قائماً ولا يُحْطَ من قيمة الشَّقْصِ للهدم شيء ولا لِمَا هلك بغير سببه ولا بنائه من نقضه حُسِبَ على المبتاع قيمة ما سَلَّمَ منه نقضاً وكان له⁽¹⁾ على الشفيع قيمة ما بناه قائماً وإلا فلا شفعة له.

ط40

/ في الشفعة في بيع الخيار
أو فيما يردّه بيعٍ أو بفلس أو فيما يستحق منه
وكيف إن غصب عبداً فابتاع به شقصاً

من كتاب ابن المواز والجموعة : قال مالك : ومن ابتاع شقصاً بالخيار له أو لبايعه فلا شفعة حتى يَتَفَدَّ البيعُ.

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة : وكذلك إن كان الخيار لأجنبي قال في كتاب ابن المواز : ولو سَلَّمَ الشفيعُ شفعته قبل تمام الخيار لم يُبْطَلْ ذلك شفعته وله القيام إذا تم البيع وإذا باع شقصاً بالخيار ثم باع الشفيع شقصه بيع بطل قبل تمام الخيار فروى أصبغ عن ابن القاسم أن من صار إليه شقصُ الخيار له الشفعة في بيع البتل للبائع إن تم لمبتاعه، وإن رجع إلى بايعه فهي لبايعه، قال محمد : وأحبُّ إلينا أن تكون الشفعة في بيع البتل للبائع أولاً على الخيار رجع إليه شقصه أو تم فيه البيع لأنه لم يَتَفَدَّ بيعه حتى وجبت فيه الشفعة في شقص شريكه وقاله أصبغ.

قال ابن حبيب عن مطرف كقول ابن القاسم وقال عن ابن الماجشون : إنه إن اختار المشتري وله الخيار يَتَفَدَّ البيعُ كانت الشفعة لبائع الخيار في بيع البتل لأنه كأنه باع بعد أن وَجَبَتْ له الشفعة فإن ترك البائع بالخيار الأخذ بالشفعة فالشفعة للمشتري البتل فيما بيع بالخيار لأن بيع الخيار إنما بطل⁽²⁾ يوم الخيار وقال مثله أشهب وفي غير كتاب ابن حبيب قال أشهب : الشفعة لمبتاع البتل / في المبتاع بالخيار. شفعة 20

41

(1) (له) ساقطة من الأصل.

(2) في ف، إنما ثبت يوم الخيار.

قال ابن حبيب عن مطرف : من باع نصف دار بالخيار لأحدهما ثم باع
بأقيا بيع بطل فإنه إن اختار ذو الخيار تنفيذ البيع وكان هو المبتاع فالشفعة لمشتري
البطل وإن ردَّ البيع فلا شفعة فيه للبائع الأول لأنه هو الذي باع.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى يحيى عن ابن القاسم : فيمن باع داراً بعد أو عرض
فاستحق نصفها فيردَّ المبتاع النصف الباقي على البائع ثم قام الشفيع فالشفعة له
واجبة على المبتاع لا يقطعها ردُّه للنصف قال : وإذا ابتاع داراً ثم ردَّها بعيب دلس
له به ثم استحق نصفها بعد أن ردَّها فالشفعة له إن شاء من حساب جميع
الثلث، وإن اشتراها بعد فاستحق نصفها وترك المستحق الشفعة ورضي المبتاع
بإمسك النصف ويرجع في نصف العبد فإن فات رجع بنصف قيمته، فإن قال
البائع : لا أحب نصف عبد فله ذلك ويتنقض إلا أن يكون العبد فائتاً فلا حجة
له.

قال أشهب في المجموعة : ومن ابتاع شقصاً فوجد به عيباً فأراد رده وطلب
الشفيع أخذه ورضي بعينه فللمبتاع رده ولا شفعة للشفيع، وقال سحنون في
العتبية⁽²⁾ : في استحقاق أكثر ما اشترى أنه المقدم في الخيار. وقال أشهب : ومن
اشترى شقصاً بتسعين وأسلف عشرة فقال لرجل : قامت علي بمائة فأنا أولاها
فولاه ذلك فليس البيع الثاني فاسداً ولكنه بيع تدليس فالمشتري الثاني مُحَيَّرٌ إن
شاء التمسك ببيعه وللشفيع الشفعة وإن شاء ردَّه ولا شفعة، وإن فات الشقص
ببناء أو هدم لزمه الأقل من المائة أو القيمة / إلا أن تكون القيمة أقل من التسعين
فلا تُنْقَصُ منها ويأخذ الشفيع بذلك. وقال سحنون : إذا فلس مشتري الشقص
فرجع إلى بائه فللشفيع الشفعة لأنه بيع جديد وليس كبيع الخيار ولا بيع العيب.

ومن كتاب ابن المواز : ومن ابتاع شقصاً بحنطة فأخذه الشفيع بمثلها ثم
استحققت الحنطة الأولى فقال ابن القاسم : يرجع على بائه بمثلها، قال محمد :

(1) البيان والتحصيل، 12 : 82-83.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 82.

وهذا غلط بل يرجع بقيمة شقصه ولو لم يأخذ بالشفعة لأخذه بعينه، وقد قال مالك [فيمن] (1) ابتاع حنطة بعينها فاستحققت أنه لا يرجع بمثلها.

ومنه ومن المجموعة (2) قال ابن القاسم : ومن ابتاع شقصاً قيمته ألف بعبد قيمته ألفان فأخذه الشفيع بقيمة العبد ثم استحق العبد فليرجع البائع أيضاً بقيمة شقصه [ألف ولو كان الشقص قيمته ألفان بقيمة العبد ألف ثم استحق العبد لرجع البائع أيضاً بقيمة شقصه] (3) ولا رجوع للشفيع عليه بشيء.

وقال ابن القاسم (4) وقاله أشهب وأصبغ وقال عبد الملك في الكتابين : إن الشفيع مخير إن كان قيمة الشقص أكثر فإن شاء استشفع بذلك وإن شاء رد، قال في غير الكتابين : إن كان قيمة الشقص أقل رجع الشفيع بما بقي له، وقاله سحنون، وقال ابن القاسم في الكتابين : فيمن غصب عبداً فابتاع به شقصاً فما دام العبد قائماً فلا شفعة في الشقص وإن (فات) حتى يحسب على غاصبه قيمته فالشفعة للشفيع بقيته يوم بيع الشقص.

قال ابن المواز : لا شفعة له حتى يفوت العبد بالموت ولا بقية العيوب، لأن لربه أخذه معيماً، فإذا مات للشفيع الشفعة بقيمة العبد يوم اشترى به الشقص وعلى الغاصب قيمته / يوم الغصب، وكذلك لو اشتراه وهو لم يعلم بالغصب 42 حتى ابتاع به شقصاً فلا شفعة فيه حتى يفوت العبد بالموت لأن لربه أخذه معيماً إن شاء. قال سحنون : ليس هذا جواب ابن القاسم في العبد (المغصوب) (5) وإنما ينظر فإن كان مشتري العبد عالماً بغصبه فاشتراه على ذلك فإنه ينظر ربه فإن جاء فأجاز البيع وجبت الشفعة وإن أخذ عبده انفسخ البيع وإن لم يعلم مشتريه بالغصب وعلم بذلك في قيام الشفيع فإن كان رب العبد قريب الغيبة انتظر حتى

(1) (فيمن) ساقطة من الأصل.

(2) في الأصل ومنه ومن العينة ومن المجموعة.

(3) ما بين معقوفين ساقط من الأصل مثبت في ع وف.

(4) في ف، وقاله ابن المواز.

(5) العبارة في النسخ التي بين أيدينا غير واضحة سجلناها حسب ما بدا لنا والله أعلم.

يقدم فيجيز أو يفسخ وإن بَعُدَتْ غِيْبَتُهُ فللمبتاع فسْخُ البيع ويرجع إليه الشَّقْص وإن لم يفت حتى أخذ الشفيع بالشفعة فقد مضت الشفعة ونرجعُ إلى مسألة ابن القاسم إذا أخذ بالشفعة ثم استَحَقَّ العبدُ.

في عهدة الشفيع وفي قبض الثمن

قال ابن المواز : أجمع مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على المشتري، قال أشهب في المجموعة : وإليه يدفع الثمن إن كان المبتاع قد دفعه إلى البائع وعلى المشتري قبضُ الشَّقْص ودفعه إلى الشفيع، فإن كان المشتري حاضراً ولم يدفع الثمنَ دفع الشفيعُ الثمن إلى البائع وعلى المشتري قبضُ الشَّقْص للشفيع، وإن شاء الشفيع قبضه من البائع وعهدته في ذلك كله على المبتاع.

ومن كتاب ابن المواز قال : فإن غاب المبتاع ولم يكن نقد فأبى البائع من دفع الشَّقْص. قال ابن القاسم : ينظر فيه السلطان⁽¹⁾. وقال أشهب / في 42 ظ الكتابين : إن قَرَبَتْ غِيْبَتُهُ كتب إليه حتى يقدم فتكتب عليه العُهدة فإن بَعُدَتْ غِيْبَتُهُ قضى للشفيع بشفعته وقضى للبائع بقبض الثمن منه إن لم يكن قبضه وإن كان البائع قد قبضه أخذه الإمام من الشفيع فأوقفه للمبتاع وكتب عليه العهدة، فإذا قدم أشهد بذلك على نفسه. محمد : وإن مات فالعهدة على ورثته - يريد في تركته.

قال ابن حبيب : وإذا حكم على المبتاع بشفعة فأبى مَنْ أخذ الثمن فيوقف له مالاً من ماله والشفيع منه بريء.

ومن كتاب ابن المواز : وإن قبض المبتاع الشَّقْص وسكنه ثم مات وقام غرماؤه وقام البائع بالثمن وقام الشفيع فالبائع أحق بالثمن من غرماء المشتري. محمد : ولو فلس المبتاع فالشفيع أحق بالشَّقْص ويدفع الثمن إلى البائع.

(1) في ع، ينظر فيه الإمام.

فيمن وجبت له الشفعة فلم يقم بها حتى باع شقصه
وفيمن باع بعض حظه هل يستشفع فيه بما بقي ؟

من العتبية⁽¹⁾ روى عيسى عن ابن القاسم : فिमن وجبت له شفعة ثم باع
شِقصَه وهو لا يعلم بذلك فله الشفعة وتُكْتَبُ عهْدُهُ على المبتاع، وقال مثله
مطرف في كتاب ابن حبيب.

وقال أشهب في المجموعة : اختلف فيه قول مالك، وأحب إلي ألا شفعة له
بعد. قال أحمد بن ميسر : لا شفعة له بعد أن باع إلا أن يبقى له بقية أخرى /
لأن أصل الشفعة لما يدخل على الرجل من تضيق الواسع وخراب العامر وهذا
فليس له شيء. وقال ابن المواز : إذا باع نصيبه بعد أن وجبت له الشفعة من المبتاع
من شريكه أو من غيره فشفعته قائمة في الشَّقْص الأول إن قام بها.

ومن المجموعة قال أشهب : من باع بعض حصته من دار فلا شفعة له مع
الشريك بما بقي له لأنه باع رغباً في البيع وإنما الشفعة للضرر. قال غيره : ولو
باع السلطان على غائب بعض شِقصه في دَيْن عليه ثم قدم فلا شفعة له فيه،
وكذلك لو باع جميعها عليه وعلى شريكه فلا شفعة لهما فيما بيع عليهما وهو كما
لو باعاهما. قال أبو محمد : وتبين لي أن رجلاً لو باع شقصا له في دار ثم إن
المشتري منه باع ذلك الشقص من رجل آخر أن لبائعه الأول فيه الشفعة لأن هذا
بيع ثانٍ لم يله البائع الأول فلا حجة له فيه وليس له أخذه بالشفعة من هذا
المشتري منه لأنه ولي بيعه.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 71.

في تأجيل الآخذ بالشفعة في الآخذ وفي الثمن وفيما تنقطع به شفعة الحاضر

من العتبية⁽¹⁾ من رواية أشهب عن مالك وهو في كتاب ابن المواز قال
مالك : فيمن باع شقصاً من حائط غائب فقال الشفيع دَعْنِي حتى أنظر فليس
له ذلك إلا أن يكون الشقصُ على ساعةٍ من نهار وإلا فليس له ذلك.

قال ابن المواز : لأن الصفة⁽²⁾ التي اشترى عليها المشتري تجري ويكتفي
الشفيع بها عن النظر لأمر المشتري لأن المشتري إنما اشترى / عن صفة أو عيان. ⁴³ظ

ومن كتاب ابن المواز : وإذا رفعه المشتري إلى الإمام تُخَيَّر الشفيعُ فإما أخذ
أو ترك [وإن طلب التأخير اليومين والثلاثة لينظر رأيه فليس ذلك له ويسلمه
السلطان إلى المشتري فإما أخذ]⁽³⁾ الشفيع في مقامه أو ترك وقال أشهب في
المجموعة مثله. وقال غيره : إذا طلب الشفيع عند الإمام الشفعة كلف الإمام
المتابع يثبتُ شراؤه وإذا أثبت أحلفه لقد تَقَدَّ ما سَمَى من الثمن وما أعلن شيئاً
وأسر غيره وما ابتاعه بعرض ولا يَدِين ثم قيل للشفيع أتأخذ أو تُسَلِّم ؟ فلا يرح
من المجلس حتى يأخذ أو يُسَلِّمَ، فإن أخذها ضرب له في الثمن أجل يومين أو
ثلاثة وإن لم يضرب أجلاً فلا بأس به، وإن طلب المتابع بعد ذلك عند الحاكم في
الثمن خيره في ذلك المجلس فإما ودى الثمن [أو قطع] الشفعة.

وقال مالك في مختصر ابن عبد الحكم : يُؤَخَّرُ السلطانُ اليومين أو الثلاثة
ليستشير وينظر. وذكر ابن حبيب عن أصبغ مثل ما ذكر ابن المواز. ومن كتاب
ابن المواز : وإن أوقفه غير السلطان فذلك بيده وإليه حتى يوقفه السلطان.

قال مالك في هذه الكتب : فإن أخذ بالشفعة وطلب التأخير بالثمن
اليومين والثلاثة فذلك له.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 65.

(2) في الأصل، لأن الصفة.

(3) ما بين معقوفين ساقط منه الأصل مثبت من ع وف.

قال في كتاب ابن المواز : فإن أجابه إلى ذلك وإلا فالمشتري أحق بها. وقال مالك : رأيت القضاة يؤخرونه هكذا.

وسن العتبية⁽¹⁾ من رواية يحيى عن ابن القاسم : في الذي أخذ بالشفعة وطلب التأخير بالثمن فيؤخر ثم يبدو له ويأى المشتري أن يقبله فالأخذ قد لزم الشفيع فإن لم يكن له مال يبيع حظه الذي استشفع وحظه الأول حتى يتم للمشتري جميع حقه ولا يقال إلا برضى المبتاع أن يقبله / وروى محمد عن أشهب نحوه. قال : وروى أشهب عن مالك أن الحاضر إن لم يقم بشفعته حتى مضت سنة من يوم علمه ومن يوم بلغ الصغير لا أب له ولا وصي ومن يوم قدم الغائب فلا شفعة له. وقاله أشهب وقال : والسنة أصل في غير شيء.

قال ابن وهب عن مالك في المجموعة : إن لم تقم سنة ولا طلب فلا شفعة له وقال عنه أشهب : ليس في ذلك حدٌ وذلك مختلف، ليس الأرض البرأح مثل ما عُمَر وأُحَيِّي.

قال في كتاب محمد روى عنه ابن القاسم : السنة والسنة قريب. وقال أشهب : إذا غربت الشمس من آخر أيام السنة ولم يقم فلا شيء له. قال ابن ميسر : ما قارب السنة داخل في حكمها. قال غيره : إلا أن يقول الشفيع أنا على شفعتي ويشهد على ذلك شهوداً يشهدهم على المبتاع فله الشفعة، وإن طال مكث ذلك لأنه قد أشهد عليه بالأخذ فترك المبتاع القيام عليه إلا أن يكون قد أوقفه السلطان فلم يأخذه بالشفعة وأشهد عليه بذلك.

قال ابن حبيب : وقال مطرف وابن الماجشون عن مالك : لا تقطع شفعة الحاضر شيء إلا أن يوقفه الإمام على الأخذ أو الترك أو يتركها هو طوعاً أو يأتي من طول الزمان ما يُعلم أنه كان تاركاً لها أو يحدث فيها المبتاع بناءً أو غرساً أو هدماً أو تغييراً وهو حاضر فتقطع شفعته إلا أن يقوم بحدثان ذلك ومقارنته وأنكر أن يكون مالك ما حدّ سنة، وقالوا : سمعناه وقد سئل عن شفيع حاضر قام على

(1) البيان والتحصيل، 12 : 84.

شفعته بعد خمس سنين وربما قيل له أكثر من ذلك فيقول في هذا : لا أرى له طولاً ما لم يُحدث المشتري بنياناً أو تغييراً بَيِّناً / وهو حاضر، فإن أجله أقصر من أجل الدّين لم يحدث عليه شيء. وقال أصبغ : هو على شفعته السنتين والثلاثة ونحو ذلك ما لم يبين فيه المشتري أو يبيع. قال ابن حبيب : وروى ابن وهب عن مالك مثل رواية مطرف وابن الماجشون. وروى أصبغ عن أشهب في العتبية⁽¹⁾ أنه قال : إذا عالج فيها المبتاع هدماً أو مَرَمَةً⁽²⁾ فلا أرى إلا وستقطع قبل السنة وإن لم يكن كذلك فإلى سنة.

قال أشهب : وللغائب سنة من يوم يقدم وكذلك الصغير له أجل سنة من حين يحتلم وكذلك في كتاب محمد عنه.

وقال مالك في الكتابين : إذا حضر الشفيع الشراء وكتب شهادته ثم قام بعد عشرة أيام أو نحوها قال : ذلك له وأشد ما عليه أن يحلف ما كان ذلك منه تركاً لشفعته ويأخذها.

وروى عنه ابن القاسم في العتبية⁽³⁾ : في شفيع قام بعد شهرين أيجلف [أم لا؟]⁽⁴⁾ قال : لا. وروى عنه : فيمن قام بعد تسعة أشهر. قال : يحلف.

وفي كتاب محمد عن مالك : أنه يحلف في سبعة أشهر أو خمسة ولا يحلف في شهرين. قال ابن عبد الحكم : وإذا قال الشفيع : لم أعلم بالبيع وهو (حاضر)⁽⁵⁾ بالبلد فهو مصدّق ولو بعد أربع سنين. محمد : وإن الأربع السنين لكثير ولا يُصدّق في أكثر منها وقاله لي ابن عبد الحكم.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 104.

(2) المَرْمَةُ : الإصلاح يقال رَمَ الشيء يَرْمُهُ بضم الراء وكسرهما رَمًا وَمَرْمَةٌ أَصْلَحَهُ.

(3) البيان والتحصيل، 12 : 62.

(4) (أم لا) زائدة من ع.

(5) (حاضر) زائدة من ع.

ما جاء في شفعة الغائب والصغير والمؤلى عليه

من كتاب محمد والمجموعة قال مالك : إذا قدم الغائب فله القيام بشفعته وإن طالت غيبته وإن لم يشهد في غيبته أنه على شفعته قال محمد : قاله مالك وأصحابه.

ومن كتاب محمد : / قال مالك : إلا أن يقدم بعد طول العهد مما يُجهل⁴⁵ في مثله أصل البيع وتموت الشهود، وأما في قرب الأمر مما يرى أن البائع أحق بالثمن لقطع الشفعة فليقم على ما يرى من ثمنها يوم البيع فيأخذه. قال أشهب في الكتابين : إلا أن تكون غيبة الشفيع قريبة لا مؤونة عليه في الشخوص فيُعَدُّ كالحاضر.

قال في المجموعة : وهذا إذا طال زمانه وعلم بوجوب الشفعة. قال غيره : وليس المرأة في ذلك والضعيف ومن لا يستطيع النهوض مثل غيرهم وإنما فيه اجتهد السلطان ولسلطان بلد المشتري الكتاب إلى سلطان بلد الشفيع فيوقفه فإذا أخذ أو ترك.

ومن كتاب ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون : في الغائب نحو قول مالك. قالوا : وله بعد قدومه مثل ما للحاضر. قالوا : وكذلك المريض الحاضر أو الصغير والبكر فذلك كغيبة الغائب ولهم بعد زوال العذر مثل ما للحاضر سواء كان الغائب أو المريض عالماً بشفعته أو جاهلاً. وقال أصبغ : المريض كالصحيح إلا أن يشهد في مرضه قبل مُضيِّ وقت الشفعة أنه على شفعته وأنه ترك التوكيل⁽¹⁾ عجزاً عنه وإلا فلا شيء له بعد ذلك، قال ابن حبيب : والأول أحب إلينا.

وبه ومن كتاب محمد قال مالك : وإن مات الشفيع في غيبته فلورثته القيام. قال ابن القاسم : وإن سافر المشتري والشفيع من موضع الدار إلى موضع واحد بعد علمه بالشراء ؟ فإن شفعته تنقطع وفي طول المدة بما تنقطع به شفعة الحاضر.

(1) في الأصل، ترك التوكيل وما أثبتناه أخذناه من ف وع.

قال في / كتاب محمد وهو لأشهب في المجموعة : وإذا كان الشفيع حاضراً بموضع الدار والمبتاع غائب غاب بموضع الشراء أو اشتراها في غيبة أو اشتراها له وكيل فالشفعة له قائمة وإن طالت غيبة المشتري، وكذلك إن كان وكيله هدم وبني ويكرري بحضرة الشفيع ما لم يكن مؤكلاً⁽¹⁾ على دفع الشفعة عنه.

قال في المجموعة : بينة [عادلة]⁽²⁾ حاضرة قد علم بها الشفيع.

قال في الكتابين : وإن كان لو قام الشفيع لحكم بالشفعة ولكن لا يضره ذلك إن لم يقيم لعذره⁽³⁾ بتجشم الخطوم. وإن كتابه عليه العهدة بحضرته أحسن. قال ابن ميسر : إذا كان الوكيل يهدم ويبنى ويكرري بحضرة الشفيع فلا بد أن يلي ذلك معه وهذا يقطع شفيعته، وكذلك إن لم يل ذلك معه وقامت بينة بعلمه ذلك وحضوره فلا شفعة له إذا مضى ما تنقطع إليه الشفعة.

ومن الكتابين قال أشهب : وإذا قام الشفيع في غيبة المبتاع قضى له على وكيله بالشفعة ولا عهدة له على الوكيل ولكن على الغائب ويدفع الثمن إلى الوكيل على الشراء إن كان وكله وهو يعلم أن لها شفيعاً فيكون ذلك توكيلاً على قبض الثمن، وإن لم يعلم بالشفيع فلا يدفع الثمن إليه ولكن إلى من يراه الإمام وإنما لا يكتب العهدة على الوكيل إذا ثبت أنه للغائب اشتراها قبل عقد البيع⁽⁴⁾ بالإشهاد أنه لفلان يشتري فأما على إقراره بذلك بعد الشراء فلا يقبل ولا يزيل العهدة عنه، ثم إن قدم الغائب فأقر بمثل ذلك فالشفيع مخير في / أن يقبل ذلك ويرى الوكيل من العهدة ويكتبها على هذا ثم لا رجوع له على الوكيل بعد ذلك إن كان استحقاق وإن اختار عهده على الوكيل فإن استحق ذلك فهو مخير في اتباع أيهما شاء لأنه إن رجع [على الوكيل رجع الوكيل]⁽⁵⁾ على الموكل بإقراره له قال :

(1) في الأصل، ما لم يكن منهما وما أثبتناه مأخوذ من ع وف.

(2) عادلة ساقطة من الأصل.

(3) في الأصل، وإن لم يقيم لعذره.

(4) في الأصل، قيل يجوز البيع.

(5) ما بين معقوفتين ساقط من الأصل.

ومن ابتاع شقصاً غائباً والشفيع والمبتاع غائبان وكل واحد منهما بموضع غير موضع الآخر ثم قدم الشفيع على المبتاع بموضع هو به فأقام معه ما تنقطع فيه الشفعة (وهو)⁽¹⁾ لا يطلبه فذلك يقطع شفيعته، قال مالك : ولا حجة له بغيبة الدار.

قال أشهب : والشفعة للصغير والمولى عليه أبداً حتى يقيما بعد زوال الولاية سنة كالعائيب بعد قدومه إلا أن يكون للصبي أو المولى عليه أب أو وصي أو من جعله القاضي يليه فيكون تركه ذلك سنة بعد علمه به يقطع الشفعة، وإن ولي نفسه قبل تمامها فله ذلك إلى تمامها إلا أن يكون وليه قد سلمها.

قال مالك في المجموعة : إذا علم بها وليه وعلم منه في ذلك تفريط وتضييع وإن أمره فيه كان غير حسن، فلا أرى له شفعة إذا بلغ الصبي بعد خمس سنين. وقال ابن القاسم وأشهب : لأن وليه بمنزلته.

قال ابن حبيب : قال مطرف وابن الماجشون : وإن لم يكن للبكر والصبي ولياً ورفع ذلك إلى الإمام نظر لهما في الأخذ أو الترك فينفذ ما رأى لا يعود ذلك لهما⁽²⁾ بعد، زوال الولاية، ولو كان الولي أو الإمام إنما ترك الأخذ إذ لا مال لهما ولهما فيها حظ ثم أفادا مالاً فلا شفعة بعد / ذلك. ومن كتاب محمد والمجموعة⁴⁶ ظ قال أشهب : ولا تسليم لأحد من قرابة الصغير إلا لأب أو وصي أب أو من جعله السلطان وصياً عليه، وإذا رفع المشتري خبره إلى الإمام ولا ولي له لم يؤخر ونظر فيما أخذ له أو سلم ولا يؤخره حتى يقيم له خليفة عليه إلا أن يكون على ثقة من إنجاز ذلك إلى مثل يومين أو ثلاثة، وإذا كان له وصيان فاختلفا لم يلزمه رد هذا ولا أخذ هذا ونظر له الإمام، فإن طال ذلك ولم يرفع إلى الإمام حتى تمت السنة فإن كان ذلك بيد المبتاع زالت⁽³⁾ الشفعة، وإن كان ذلك بيد الآخر فالصبي إذا بلغ مخيراً إما أخذ أو ترك فإن لم يبلغ نظر السلطان له.

(1) (وهو) زيادة من ع.

(2) في الأصل وف، لا يعد ذلك لهما.

(3) في الأصل وف، رأيت الشفعة ولعل الصواب ما أثبتاه من ع.

[ما جاء⁽¹⁾ في تسليم الشفعة قبل الشراء أو بعده بمال أو بغير مال، وما يُعَدُّ من فعل الشفيع تسليماً

من المجموعة قال ابن وهب عن مالك : وإذا رضي الشريكان أن يقول كل واحد للآخر يَعْ ولا شفعة لي فليس ذلك لهما وكل واحد على شفعته. قال عنه ابن القاسم : والتسليم قبل الشراء بمالٍ أو بغير مال فلا يلزم ذلك ويرد المال.

قال أشهب وعبد الملك : كمن أذن له ورثته أن يوصي بأكثر من ثلثه في صحته فلا يلزمهم⁽²⁾. قال أشهب : وإذا سلم بعد الشراء بمال أخذه من المبتاع أو من غيره فلا بأس به. وقال أيضاً : وهو في كتاب ابن المواز : وإذا سلم في شقص يَبِّع بالخيار في أيام الخيار بعوض أو بغير عوض لم يلزمه وهو على شفعته، ولو رضياً بمضاء ذلك العوض بعد تمام البيع لم يجز ذلك حتى يفسخا ذلك بقضية أو بغير قضية / ثم تبايعا ما أحبا، وتسليمه الشفعة قبل علمه بالثمن بخلاف أخذه ولو عرف الثمن فأخذ وقد أحدث المشتري بناءً لم يجز ذلك إلا بعد علمه بقيمة البناء.

ومن العتبية⁽³⁾ قال عيسى بن دينار : فيمن وقعت له شفعة في أرض فقام بها إلا أنه قال للمبتاع أنا أحب حفظك ولك ولد مؤذٍ فأنا أدع الشفعة على أن لا يؤذيني ولذلك فمتى ما بلغني أذاه فأنا على شفعتي فتراضيا على ذلك وأشهدا به. قال : ما أَحَبُّ العمل به، فإن وقع ومضت السنة⁽⁴⁾ ثم بلغه الأذى وثبت ذلك فله الأخذ بالشفعة وليوقف الآن أو يترك الشرط، بلغه الأذى أو لم يبلغه، ولا تقطع السنة شفعته لأن عذره فيها بين، ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم : وإذا ساوم الشفيع المبتاع في الشقص أو اكتراه منه أو ساقاه إياه فهو تسليم للشفعة.

(1) ما جاء ساقطة من ع وف.

(2) في الأصل، فلا يلزم.

(3) لم يتيسر ربط النص بأصله.

(4) في الأصل، فإن وقع مضت لسنة والصواب ما أثبتناه من ع وف.

وقال أشهب : لا يضره ذلك وهو على شفيعته لأنه يقول كما لو فعل ذلك غيري بمحضري فلم أنكر وكذلك لو حضر وهو يباع في المزايعة فزايد فيه ثم يبيع بمحضرتة ثم طلب شفيعته كان ذلك له.

قال أشهب : ولو قاسمه كان قطعاً لشفيعته.

باب (1)

في الشفيع يخبر بغير ما وقع به الشراء
فيأخذ أو يترك ثم يتبين له خلاف ذلك 24

من كتاب ابن المواز والمجموعة لأشهب واللفظ لكتاب محمد : وإذا قيل للشفيع إن البيع وقع بدنانير كذا أو شيء / يكال أو يوزن فسلم ثم ظهر أنه ابتاعه بأقل من ذلك فله الأخذ بعد يمينه. وقال: لا يمين عليه لظهور سبب تسليمه.

قال أشهب فيه وفي المجموعة : وإذا قيل له بيع بمائة إردب قمح فسلم ثم ظهر أنه باع بدنانير ؟ قال في المجموعة : أو بعرض يُقَوَّم فأخذ فذلك له وإن كانت الدنانير أكثر من قيمة القمح ويحلف ما سلمت إلا لذلك، ولو أخذ بالقمح ثم علم بالدنانير لم يكن له ردُّ لأن الدنانير أخفُّ مؤنة. قال محمد : إلا أن تكون الدنانير أكثر من ثمن القمح بأمر بين، ولو قيل بالدنانير ثم ظهر أنه بقمح فهذا هنا يلزمه تسليمه إلا أن يكون القمح أقل ثمناً، ولو كنت أخذت أولاً لم يلزمك إلا أن تشاء، فلو قيل لك إنه مائة إردب قمح فسلمت ثم ظهر أنه عدس⁽²⁾ أو تمر أو شيء يُكَال فلك مقال في قلة الثمن ولا حجة لك في الكيل لأن مؤن الكيل واحدة، ولو ظهر لك أنه بما يوزن من عسل أو زيت فلك الرجوع، لأن الوزن أخف بعد يمينك أنك ما سلمت إلا لذلك، ولو قيل لك

(1) لم تذكر لفظة باب في ع وف.

(2) في الأصل، ثم ظهر أنه غرس وهو سهو من الناسخ.

بجارية صفتها كذا أو عرض فسلمت أو أخذت ثم تبين أن ذلك بدنانيير فذلك يلزمك في التسليم والأخذ لأنك تؤدّي القيمة ما لم تكن قيمة ذلك أكثر وقد سلمت فلك الرجوع أو تكون⁽¹⁾ أقل وقد أخذت فلك الرجوع، وكذلك لو سمى لك دنانيير فأخذت ثم تبين أنه عرض فأخذك جائز لازم ما لم تكن القيمة أكثر، وإن سلمت لزمتك ما لم تكن القيمة أقل، ولو قيل لك بجارية أو عرض ولم تُوصَف / فسلمت ثم تبين أنه دنانيير⁽²⁾ فلا حجة لك لأن التسليم مع جهل مبلغ الثمن لازم وإنما يؤدّي في العروض مالا إلا إن ظهر أن ثمن الشقص شيء قليل لا يكون مثله ثمناً لما سمى لك من جارية أو عرض ولا بعارية مثل ديناري أو عشرين درهماً فلك الأخذ.

قال محمد : إذا كان الثمن قليلاً لا يشبه أن يكون ثمناً لم يلزمه تسليمه. قال أشهب في المجموعة : وكذلك لو قيل له يبعث بدنانيير أو بدرهم لم يسميا⁽³⁾ ولم يوصَف فسلم ثم ظهر أنه بيع بغير ذلك فلا شفعة له. قال في الكتابين : وإن سمى له مائة دينارٍ أو مائة درهم فأخذ لزمه بالوزن الذي يتبايع به الناس يومئذ، وإن وقع البيع على أغلى من ذلك فهو مخير أن يأخذ أو يترك، إن سُمّي له قمح بكياله ولم يوصَف فأخذ لزمه إن كان بالوسط منه أو بدونه، وإن كان بأغلى من الوسط [فأما أخذ أو ترك، ولو قال المشتري للشفيع ودّ الوسط]⁽⁴⁾ لم يلزمه إلا أن يشاء، إذ لا يلزمه قبول المعروف وكذلك لو سُمّي له دنانيير أقل مما بيع به فأخذ بها ثم ظهر له أكثر⁽⁵⁾ فترك فأسقط عنه المبتاع الزيادة ليلزمه فلا يلزمه إلا أن يشاء، ولو قيل له بجارية أو عرض ولم يوصَف فأخذ فهذا أخذ فاسد لا يلزمه، وكذلك لو وصفت له ولم يعرف القيمة فأخذه فاسد. وقد تقدم في كتاب ابن

(1) (تكون) ساقطة من الأصل.

(2) في ع وف، ثم ظهر أنه دنانيير.

(3) في الأصل، يبعث بدنانيير أو بدرهم ثم سمي.

(4) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

(5) في الأصل، ثم ظهر له الخبر.

المواز في باب آخر أنه يبيع بعبد فأخذ فذلك جائز وإن لم يعرفا قيمته إذا عرفاه وإن جهلا قيمته فأما إذا كانت / الشفعة إنما تجب بقيمة الشقص فهذا لا تلزمه الصفقة فيه إلا بعد معرفة قيمته.

قال أشهب في المجموعة في المسألة الأولى : وإن أراد الشفيع والمبتاع المقام على ذلك لم يجوز ولكن من قال بعد أن عرف قيمة العرض قد أخذت فقد لزمه.

قال ابن المواز : وإن سمى له الثمن ولم يُسم له المشتري فسلم أو أخذ [فلا رجوع له، ولو سمى له غير المشتري فترك ثم علمه فأخذ فذلك له ولو كان أخذ⁽¹⁾] أولاً أو لم يكن له ردّ حين عرفه إذ علم الثمن، ولو قيل له اشتراه فلان فسلم ثم ظهر أنه مع آخر اشترياه فله الرجوع [في الشفعة]⁽²⁾. قال ابن القاسم : ثم له أخذ جميع الشقص منهما ولا يلزمه تسليمه للآخذ. محمد : لأنه يقول ينتقص عليّ. وقال أشهب : يلزمه التسليم للذي سلم له ويأخذ حصة الآخر ثم تكون الحصة التي سلمها أولاً بين المشتريين إن أحبا ويكتب عهده عليهما، وإن شاء ألزمه أخذ ما سلم أو سلم لهما جميع الشراء.

قال محمد : إذا كانا متفاوضين فليس له إلا الأخذ منهما جميعاً أو التسليم إليهما، ولو سلمنا له فإن أدى الآخذ من أحدهما فقال أشهب : له الأخذ من أحدهما والتسليم للآخر. محمد : وهذا إن لم يكونا متفاوضين. وقال ابن القاسم : ليس له إلا أخذ الجميع أو يدع. قال أشهب : فإن قيل له يبيع الشقص بمائة [فقال أخذت]⁽³⁾ ثم ظهر أنه إنما اشترى نصفه بخمسين فإنه يلزمه النصف إلا أن يكون ما لا منفعة فيه لقلته وضيقه فله ردّه، ولو قيل له اشترى الجميع فسلم ثم ظهر أنه النصف فلا رجوع له. قاله ابن القاسم وأشهب. قال / أشهب : ولا حجة له أن يقول شركني رجلان. محمد : إذ لا يتشافعان دونه ولو قيل له اشترى

(1) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

(2) (في الشفعة) ساقطة من الأصل.

(3) (فقال أخذت) ساقطة من الأصل.

النصف بخمسين فأخذ ثم ظهر أنه [اشترى] (1) الجميع بمائة فله أخذ باقيه، فإن أبى فالمبتاع مخير أن يقول ردّ النصف أو نخذ الجميع، ولو سلم على النصف ثم تبين أنه الجميع فشاء الأخذ فقال المبتاع لا أعطيك هذا النصف (2) الذي سلمت لي، قال أشهب : فذلك له وللشفيع أخذ النصف الآخر (3). فقال ابن القاسم : له أخذ الجميع، وإن قيل بيع الجميع فأخذ النصف وسكت عن النصف الآخر فإن شاء المشتري إلزامه الجميع فذلك له أو يدع الجميع، وإن تماسك المبتاع بالنصف الذي سكت عنه الشفيع وأراد الشفيع أخذه فليحلف ما كان ذلك تسليمًا له ولكن لما يذكره ثم يأخذ باقيه.

في مجهلة (4) الثمن وفي اختلاف المتبايعين في الثمن فيما فيه الشفعة واختلاف الشفيع والمبتاع في ذلك والرجلين يدعي كل واحد منهما أنه ابتاع الشقص من الآخر

من كتاب ابن المواز وهو في العتبية (5) من سماع ابن القاسم : وإذا قال المبتاع نسيث الثمن فإن مضى من طول السنين ما يندرس فيه العلم وتموت البينة وترفّع فيها التهمة فالشفعة ساقطة، وكذلك إن كان غائباً أو صغيراً، وأما إن كان على غير ذلك فالشفعة قائمة بقيمة الشقص.

قال ابن عبدوس قال ابن الماجشون : إذا جاء الشفيع إلى ولد المبتاع بعد طول الزمان فيحلف الولد / ما عنده علم ذلك ثم يأخذ بالقيمة وكذلك لو كان المبتاع حياً وقال لا أدري بكم اشتريت فيحلف، فإن نكل أخذه الشفيع إن شاء

(1) اشترى) ساقطة من الأصل.

(2) في الأصل، لا أعطيك النصف.

(3) في الأصل، فذلك للمبتاع أخذ النصف الآخر وهو كلام غير منسق.

(4) في الأصل، في مهلة الثمن.

(5) لم يتيسر ربط النص بأصله.

وقيل للمبتاع متى أحببت حقلك فخذته وإن حلف فلك قيمته يوم تسليمه إلى الشفيع؛ وإن قال الشفيع لا أقبضه⁽¹⁾ إذ لعل ثمنه كثير فلا بد من أن يحلف المبتاع ما علمه أو يُسَجِّنَ.

وقال غيره : إذا اختلفوا في الثمن فجاء المشتري بما لا يشبه أو جهلوا الثمن استشفعه بقيمته يوم ابتاعه المبتاع⁽²⁾.

ومن كتاب محمد : وإذا تشاهد المتبايعان على البيع وكما الثمن لم تجب الشفعة حتى يظهر الثمن.

قال في كتاب محمد وهو لأشهب في المجموعة : ولو قال البائع : بعث بمائتين وقال المبتاع بمائة تحالفا وتفاسخا وفُسِخَتِ الشفعة، فإن نكل المبتاع بعد يمين البائع ودَى مائتين وأخذ الشفيع بمائة كما أقر المبتاع، ولو رجع فصدّق البائع ما قبل منه، وكذلك إن قال : أنا أخذها بما قال وكذلك لو كان قول البائع أشبه ففضى بقوله مع يمينه لم يلزم الشفيع غير مائة.

وروى ابن حبيب عن ابن عبد الحكم أنه إذا اختلفا فقال البائع بمائتين وقال المبتاع بمائة أن المبتاع إن نكل لزمه الشراء بمائتين وإن نكل ما وجبت له الشفعة. وقاله أصبغ قال ابن القاسم : فإن نكلا جميعاً أو حلفا فُسِخَ البيع ثم ليس للشفيع أخذها بقول البائع لأنفساخ الصفقة فإذا فاتت ببناء أو هدم صدّق المشتري في الثمن مع يمينه / قاله ابن القاسم، وقال أشهب : يتحالفاً 50 ويتفاسخان وتُرد القيمة في الفوت إلا أن تتجاوز دعوى البائع أو تنقص عن دعوى المبتاع فلا تُنْقَصُ ولا يُزَادُ ثم يأخذ الشفيع بما استقر من ذلك.

ومن كتاب محمد ومن العتبية⁽³⁾ من سماع أشهب : ولو قال المشتري : اشتريت بمائتين وقال الشفيع بل بمائة لم ينظر إلى تصديق البائع أحدهما ولا تُقْبَلْ

(1) في الأصل، لا أقضيه.

(2) في الأصل، استشفعه بقيمة يوم ابتاع.

(3) البيان والتحصيل، 12 : 62-68.

شهادته ولا يأخذها الشفيع إلا بما قال المبتاع. قال محمد : لم يختلف مالك وأصحابه في هذا، فإن ادعى ما لا يشبه فقد اختلفوا، فروى أشهب عن مالك : أنه يُصدَّق فيما يشبه بلا يمين وفيما لا يشبه مع اليمين وكذلك في العتبية⁽¹⁾ عنه.

وقال في الكتابين : إلا أ يكون ملك مجاور له أو سلطان فيصدق [في كثرة الثمن الذي لا يشبه بلا يمين. محمد وروى عنه ابن القاسم أن المشتري يصدق فيما يشبه ولا يصدق فيما لا يشبه إلا مثل الملك المجاور فيصدق]⁽²⁾ فيما يتغابن فيه مثله. محمد : وهذا كله مما إذا لم يدَّع الشفيع أنه حضر تباعيهما ولا علّم الثمن فأما إن ادعى علّم الثمن فلا بد من يمين المبتاع، فإن نكل حلف الشفيع وودى ما قال، وقاله مالك في مُوطأه⁽³⁾ وكذلك إن أقام شاهدا حلف معه وإلا حلف المبتاع. قال ابن حبيب عن أصبغ : إذا اختلف الشفيع والمبتاع في ثمن الشقص فإن ادعى المبتاع ما يشبه حلف وصدَّق وإن جاء بسرف⁽⁴⁾ ردّ إلى قيمة الشقص، فإن شاء أخذ الشفيع بذلك وإن شاء ترك. وقال مطرف : يُصدَّق المبتاع مع يمينه وإن جاء بسرف.

قال في كتاب ابن المواز ذكره ابن عبدوس لابن القاسم : وإن أقاما جميعاً البينة صدَّق المبتاع كارتفاع البينة قال / في كتاب محمد : إذا كانت شهادتهما على صفقة [واحدة]⁽⁵⁾ قضى بأعدهما فإن تكافؤا سقطوا. وذكر ابن عبدوس مثله عن أشهب. قال سحنون : لا ييطان في التكافؤ والبينة بينة المبتاع وليس من التهاثر لأنها أزيد كاختلاف المتبايعين في مقدار الثمن ويقيمان البينة، فالبينة بينة البائع لأنها زادت، وكذلك المبتاع والشفيع.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 62-68.

(2) ما بين معقوفتين ساقط من الأصل مثبت من ف و ع.

(3) يمكن الاستئناس في هذا الموضوع بما جاء في الجزء الثاني من الموطأ في كتاب باب ما تقع فيه الشفعة حسب ذكر الخلاف الذي وقع بين البائع والمشتري في تحديد قيمة الثمن الذي فات.

(4) السرف بفتح السين : ضد القصد.

(5) (واحدة) ساقطة من ع.

وقال أشهب مثله في كتاب محمد : أنه إن كانت الشهادة في مجلسين⁽¹⁾ فالقول قول بينة الشفيع إن كانوا عدولاً وإن كان الآخرون [أعدل]، لأنه إن كانت بينة الشفيع قبل فقد زاده المبتاع بعد الصفقة وإن كانت بعد فهي وضیعة من الثمن الأول. قال محمد : وإن كان الثمن عرضاً أو حيواناً قد فات فاختلفا في قيمته فقال مالك : فالمبتاع مُصَدِّقٌ في صفته أو في قيمته يوم البيع، فإن جاء بما لا يُشبهه صُدِّقَ الشفيعُ مع يمينه فيما يشبهه، وقاله ابن القاسم وقال نحوه أشهب : إذا كان العرض قائماً إلا أنه طال زمانه. واختلفا في صفته كيف كان يوم البيع قال : وإن هلك العرض فأتيا بما لا يشبهه قيل للمبتاع اخلِّفْ ولك أقصى ما لا يتبين فيه كَذِبُكَ فإن أبى حلف الشفيع وكان عليه أدنى ما لا يظهر فيه كذبه فإن نكل نُظِرَ فإن ادعى أنه حضر أو علم الثمن ونكل لم يأخذه إلا بأكثر ما لا يتبين فيه كَذِبُهُ للمبتاع، فإن لم يدَّع العلم فليس بناكل والمبتاع ناكل فيكون للشفيع بأقل ما ادعى مما لا يعرف فيه كذبه بعد أن يحلف أنه ما يعلم / ما ادعى المشتري، قال محمد : فإن حلف فأحبُّ إليَّ أن يحبس المشتري حتى يحلف وإن ادعى الشفيع العلم ونكل فلا شفعة له.

وروى أشهب وابن وهب عن مالك : إذا هلك العرض والحيوان وهو الثمن فاختلفا في قيمته حلف المبتاع أن قيمته ما قال ثم إن شاء الشفيع أخذ بذلك أو ترك إلا أن يأتي ببينة.

وقال ابن الماجشون : إذا نكل المبتاع فليقبض الشفيع الشَّقْصَ إن شاء ويقال للشفيع متى أثبت⁽²⁾ حَقَّك ببينة أو يمين فلك قيمته يوم سلمته إلى البائع، فإن قال الشفيع لا أقبضه⁽³⁾ على هذا إذ لعله أكثرُ فلا بد أن يحلف المبتاع أو يُسَجَّنَ.

-
- (1) في الأصل، ف ي مجلس والصواب ما أثبتناه من ع وف.
(2) في الأصل، أحيت وكذلك في النسخ الأخرى وأظن أنها محرفة عن أثبتت فأثرت استعمالها في النص والله أعلم.
(3) في الأصل، لا أقضيه وما أثبتناه مأخوذ من ع وف.

ومن كتاب ابن المواز ومثله في العتبية⁽¹⁾ عن ابن القاسم من رواية أبي زيد :
وإذا ابتاعه بدنانير ولؤلؤة فاختلفا في قيمتها فليصفها المبتاع ويُقَوِّمُ صفته مع يمينه
فإن لم يخلف أو لم يصف⁽²⁾ وصفها الشفيع وحلف فإن لم يصفها أخذه الشفيع
بقيمته.

ومن العتبية⁽³⁾ من سماع عيسى : وعَمَّنْ ابتاع أرضاً وقبضها فقام الشفيع
فقال المبتاع : ابتعتُ مقسوماً، وقال الشفيع بل شائعاً فالمبتاع مُدَّعٍ والشفيع
مُصَدِّقٌ.

ومن كتاب محمد : وإذا قال البائع : بعْتُ الشَّقْصَ من فلان وفلان منكرٌ
فلا شفعة فيه، وإن كان غائباً بعيد الغيبة فللشفيع أخذ ذلك [قال]⁽⁴⁾ في باب
آخر ويدفع الثمن إلى البائع إن لم يُقَرَّرْ بقبضه ولا يكون له على البائع عهدة إلا في
الإستحقاق / ويكتب للغائب العهدة في كل شيء، ثم إن قدم الغائب فأقر كتب
عليه العهدة وإن أنكر حلف ورجع الشَّقْصُ على بائعه. قال محمد : وأحب إلي
ألا يرجع إلى البائع إذا رضي أن يأخذه بلا كتاب عهديته ولكن يُشْهَدُ على البائع
بقبض الثمن وتلزمه عهدة الثمن فقط. قال أحمد بن ميسر : إذا لم يثبت البيع إلا
بإقرار أحد المتبايعين فلا شفعة فيه.

قال أشهب : وإذا أقر المبتاع أنه ابتاع الشَّقْصَ وبائعه غائب فإن كان بيد
المبتاع ففيه الشفعة، ثم إن جاء البائع فأنكر ولم تكن بينة أخذ شقصه ورجع
الشفيع بالثمن.

وقال ابن القاسم : لا شفعة بإقرار المبتاع والقضاء بذلك برفع الغلة عن
الشفيع إن أنكر البائع البيع. قال محمد : وهذا أحبُّ إلينا.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 98.

(2) في الأصل، فإن لم يخلف أو يصف بإسقاط (لم) الداخلة على يصف.

(3) البيان والتحصيل، 12 : 78.

(4) (قال) ساقطة من الأصل.

قال أشهب في الكتابين : واللفظ لكتاب محمد : وإن تداعى رجلان شيقصاً كل واحد يدعي أنه اشتراه من الآخر وأقام كل واحد بينة قضى بالبينة التي ورخت وإن ورختا قضى بآخرها وللشفيع أخذها بأي الثمنين شاء ويكتب عهده على من شاء أن يأخذ منه، فإن أخذ من الآخر لم يرجع واحد منهما على صاحبه بشيء وإن أخذه من الذي لم يُقَضَ له به دفع إلى المقضي له به ما ذكر أنه اشتراه به ودفع فضلة ذلك إلى الآخر. وإن كانت شهادتهما في مجلس أو مجلسين ولم يؤرخا وتكافأ في العدالة ولا يُدْرَى أي الشهادتين بعد فإن لم يكن الشَّقْص بيد أحدهما فالشهادة [باطل]⁽¹⁾ والشَّقْص لمن / أقر له به من هو بيده وللشفيع عليه⁵² الشفعة، فإن لم يكن يدري بيد من هو بيده قسم بينهما بعد أيمانها وللشفيع أخذها منهما بما يقران به من الثمن. قال ابن القاسم : فإن ادعى أحدهما شراؤه بمائة والآخر شراؤه بمائتين فقسمناه بينهما أخذ الشفيع بنصف المائة ونصف المائتين.

قال أشهب : فإن نكلا لم يُقَضَ لهما بشيء ولا شفعة للشفيع، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر فهو لمن حلف ويُؤخَذُ منه بالشفعة ولو كان بيد أحدهما فهو لمن هو بيده مع يمينه، فإن نكل حلف الآخر ويأخذ الشفيع ممن قضى له به.

في الشفعة تجب للشريك أو المقارض أو للوكيل

أو فيما باع الوصي على بعض من يليه

هل يأخذ لمن بقي أو لنفسه؟

وفيما باعه السلطان⁽²⁾ في تفليس أو لوصية

هل فيه شفعة أم لا ؟

من كتاب ابن المواز والمجموعة قال ابن القاسم وأشهب : في المقارض يشتري من المال شيقصاً ورب المال شفيعه فله أخذه بالثمن [الذي اشتري به]⁽³⁾.

(1) (باطل) ساقطة من ع.

(2) كلمة السلطان ساقطة من الأصل مثبتة من ع وف.

(3) ما بين معقوفين ساقط من ف وع.

قال أشهب في المجموعة : وعهدتلك على البائع، لأنه إنما اشترى لك بريح إن كان مالا ولو كان العامل شفيعهما فله أخذه. قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز وهي مشكلة والأولى بينة.

قال أشهب في المجموعة : ولا أرى عهدته أيضاً إلا على البائع لأنه لم يرض بشرائه وليس له أن يشتري عليك / ما يلحقك فيه له عهدة فيحكم لنفسه 52ظ عليك.

قال في كتاب محمد وهو لعبد الملك في المجموعة : وإذا باع الوصي شقصاً لأحد الأيتام فله أن يأخذ بالشفعة لباقيهم ولا يدخل فيه من يبيع عليه ولا حجة للوصي أنه باع على غيره.

قال ابن المواز : ولو كان له هو معهم شقص لدخل في تلك الشفعة معهم أحب إلي ولينظر فإن كان خيراً لليتيم أمضاه وإلا رد لأنه يُتهم أن يفترى بالبيع رخصاً لأخذه بالشفعة.

قال ابن الماجشون في المجموعة : إن كان بيع الوصي على اليتيم سداداً فلا يستشفع فيه لنفسه لأنه يُتهم فإن اشتفع فليتعقب [ذلك السلطان]⁽¹⁾ فإن كان سداداً لليتيم أمضاه وإلا رده وفسخ بيع المشتري.

ومن العتبية⁽²⁾ من سماع أشهب : وعن الرجل له أرض مشتركة من قوم فبيعت عليه في تفليس بأمر السلطان ففيها الشفعة.

وقال سحنون : إذا أوصى الميت بالثلث فباع السلطان ثلث داره لذلك فلا شفعة للورثة إذا كان الميت باع.

قال غيره في المجموعة : في ميت لحقه دين فباع الإمام أرضه مزيدة فقال أحد الورثة بعد الدين إنا نؤدي من الدين قدر ما على واحد بقيمة نصيب شركائنا

(1) ما بين معقوفين ساقط من الأصل.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 69.

بالشفعة فإن كان في بقية ما يباع من الأرض تمام ذلك فله ذلك وإلا فلا شفعة له.

في الشفعة بين الذمّي والمسلم وشفعة المرتدّ والمديان⁽¹⁾ ومن فيه بقية رقّ

من العتبية⁽²⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم : إذا باع المسلم / شقصه 53
من نصراني والشفيع نصرانيّ فلا شفعة له لأن الخصمين نصرانيّان وهذا خلاف
قول ابن القاسم في المدونة وقال أشهب في المجموعة إذا كان أحد الثلاثة مسلماً
بائعاً أو مبتاعاً أو شفيعاً ففي ذلك الشفعة.

ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم : إذا كان الشريكان نصرانيّين فباع
أحدهما من نصراني فإن تحاكماً إلينا قضينا بينهما بالشفعة.

وقال أشهب : إذا كان الشريكان نصرانيّين فباع أحدهما والمبتاع نصرانيّ
مثلهما فلا شفعة فيه وإن تحاكماً إلينا.

وقال الأوزاعي : لا شفعة لنصرانيّ. وروى يحيى بن عُمر عن البرقي عن
أشهب : في نصراني اشترى من نصراني شقصاً بخمر أو خنازير والشفيع مسلم
فله الشفعة بقيمة الشقص. قال يحيى : بل بقيمة الخمر والخنازير، وبه قال محمد
بن عبد الحكم.

وقال سحنون في العتبية⁽³⁾ : في المرتد يُحبس فتجب له الشفعة قال : هو
محجوز عليه فإن تاب فله الشفعة وإن قُتِل فهي للسلطان⁽⁴⁾ يأخذها إن شاء
ليبت المال أو يترك.

(1) في الأصل، والمرأة.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 80.

(3) لم يتيسر ربط النص بأصله.

(4) في ع وف، فهي للإمام.

ومن كتاب ابن المواز والمجموعة قال أشهب وابن القاسم : إذا سلّم العبد شفّعتَه أو أخذ أو فعل ذلك سيده قال : من سبق منهما إلى الأخذ أو التسليم فلا كلام للآخر بعده إلا أن يكون على المأذون ذَنْبٌ فلا يلزمه تسليم سيده ولا أخذه إن كان ذلك حظاً للعبد في دينه. محمد : وأما غير المأذون فلا أخذ له ولا ترك. وكل من فيه بقية رِقٍّ فعلى ما ذكرنا في أمر العبد.

قال أشهب : وإن أخذها المأذون وفيها غبن شديد أو في تسليمها وعلم أن فيه محاباة بينة فليس له ذلك.

53 ظ / قال ابن القاسم : وأما المكاتبُ فذلك له دون السيد. قال أشهب : إلا أن يتبين أن في أخذه أو تركه محاباة بينة. قال أشهب : في المعتق بعضه وهو غير مأذون فلا أخذ له إلا باجتماعهما، ويجوز تسليمه على السيد كما لو كان له فيه شرك لم يأخذ أحدهما إلا باجتماعهما، ثم إن مَلَكَ بقية العبد أو عتق باقي العبد الذي كان فيه عتق فلا أخذ لهما بعد ذلك ويُعدُّ تسليم أحدهما لازماً للآخر⁽¹⁾ وكذلك إن عجز⁽²⁾ المكاتب بعد أن سلّم والسيد كاره فلا أخذ له.

قال في المجموعة : ولو لم يأخذ العبد ولا المعتق بعضه ولا المكاتب ولا سلموا⁽³⁾ حتى عتقوا ولم يطل الزمان فلهم الشفعة بعد عتقهم إلا أن يكون معتق العبد استثنى الشقص الذي كان يستشفع به فلا أرى ذلك، له ولو رأى ذلك أحد لم أعبه عليه لأنها وجبت له قبل العتق، وقد اختلف قول مالك فيمن له شفعة فباع شقصه قبل قيامه فلا شفعة له عندي. قال في الكتابين : والمكاتب والمعتق بعضه وأُمُّ الولد والمدبر والمعتق إلى أجل والعبد إذا لم يكن لواحد منهم⁽⁴⁾ مَالٌ يأخذ به الشفعة وطلبوا الأخذ فليس للسيد أخذ ذلك لنفسه، لأن الشفعة لغيره وجبت، وأما أن يأخذ ذلك لمن وجبت له بسلف أو هبة فذلك له جائز في

(1) في الأصل، وبعد تسليم أحدهما لأرض الآخر ولا معنى لذلك.

(2) في الأصل، وكذلك أن تحجر المكاتب.

(3) في الأصل، ولا سلمها حتى عتقوا.

(4) في الأصل، منهما والصواب ما أثبتناه من ع وف.

عبدته ومدبره وأمّ ولده ومعتقه إلى سنين إن شاء وإن أئى فليس له ذلك فى مكائبه والمعتق بعضه إلا برضاها.

قالا : ولس لغرماء المفلس أأخذ شففته إذا أئى.

قال أشهب / كما لا يعتصر⁽¹⁾ لهم ما وهب لابنه فإن أراد من أأاط به الدئن الأأأ بها لم بمنعه، قال أشهب : ما لم يفلس فىكون لهم منعه [إن كان ذلك يضربهم وبه]⁽²⁾.

ما جاء⁽³⁾ فى مراث الشففة عن الشففع

وعليه دئن أو لا دئن عله

والشففع يرثه البائع هل له القىام؟

والغاصب يؤهب له مال غصب بعد أن باعه

أو [يرثه بعد أن باعه]⁽⁴⁾

من العتبية⁽⁵⁾ من سماع أئى زىد : وعن رجل باع شقصاً له شففع فلم يقم بها حتى مات فورثه البائع فللبائع أن يقوم بها. وقال نحوه أشهب فى المأموعة.

قال العتبي وسئل أصبغ : عن ثلاثة إأوة بئبهم دار فغاب أأأهم فباع الحاضران أأبعا وأعلمنا بذلك المبتاع وأنهم يرجون أن لا يأالفهم فقبل ثم قدم الأأ فرد حصته واستشففع فلم ينظر فىه حتى مات فطلب أأواه أن يرأا سهمه

(1) أئى لا يستأرج مالهم من أئببهم بقال اعتصر ماله استأرأه من يده وفى الأأأأ يعتصر الوالء على ولءه فى ماله أئى بمنعه إياه زبأسه عنه وجاء فى الموطأ أنه له هذا الحق ما لم يستأأأ الولء أأنا يءابنه الناس به أو يكون ذلك العطاء مغرباً لزوجة قبلأ الزواج منه.

(2) ما بئ معقوفئ ساقط من الأصل مزاء من ع.

(3) (ما جاء) ساقطة من ف وع.

(4) ما بئ معقوفئ ساقط من الأصل مئب من ع وآأر العنوا فى الأصل جاء على الشكل الأالى

(والغاصب يؤهب له مال غصب بعد أن باعه أو موته) وذلك لا معنى له.

(5) لم ىأسر ربط النص بأصله.

ويأخذها بشفعة عنه فليس ذلك لهما لأنهما ابتديا ذلك كمن باع سلعة قد اغتصبها ثم وهبت له فأراد فسخ البيع فليس ذلك له.

وروي عن ابن القاسم : في الغاصب يبيع ثم يرث ما باع أن البيع نافذ. وقال أصبغ : يُفسخ، وروي عن سحنون عن ابن القاسم مثل قول أصبغ.

قال ابن المواز عن أشهب وفي المجموعة عنه : ومن مات والدّين محيط به فليس للغرماء أخذ شفعة إلا أن يشاء ورثته أخذها، فإن أخذوها بمال الميت فللغرماء الثمن والفضل وإن بقي شيء عن دينهم كان ميراثاً، وإن أخذوها بمالهم بيعت فبدؤوا برأس المال / وقضى بالفضل دينه فإن لم يسو إلا رأس المال فأقل لم يبع عليهم.

قال ابن عبدوس قال سحنون : للمالك فيها تفسير لم يقع عليه أشهب [وكانت تُعجب سحنون وبراها أصلاً حسناً وهي للمغيرة.

قال سحنون⁽¹⁾ قال مالك : يبدأ بالورثة فيقال لهم : إن قضيتُم الدّين فلکم الشفعة لأن الميراث بعد الدّين، فإن أبوا وبيع ميراث الميت للدّين فلا شفعة لهم، لأن الشّقص الذي يُستشفّع به قد بيع ولم يملكوه في حال ولا حلوا محل الميت لبرئهم من تركته.

قال المغيرة : وإذا أئى الورثة أن يُقضى الدّين [وقالوا]⁽²⁾ ولكن يُباع المأل فإن كان فيه فضل ورثناه قال : لا شفعة لهم ولا للغرماء، لأن الغرماء لا يملكون الشّقص الذي به الشفعة.

قال أشهب في كتاب ابن المواز والمجموعة : ولو قال قائل : ليس لمن أحاط به الدّين شفعة لتباغ في دينه لأنه يأخذها لغيره ما عتقته وإنما قلت : «ذلك استحسان» والقياس غيره وصوبه سحنون في هذا في المجموعة واستجاده لأن

(1) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

(2) (وقالوا) ساقطة من الأصل.

الشفعة في السنة إنما هي للضرر بالشفيع. قال أشهب : وهو يأخذها في مرضه لورثته، لأن لهم أخذها بعد موته، قال سحنون : المريض يبيع ويبتاع لم يُمنع من ماله والمفلس محجوز عليه ولا يشتبهان.

باب (1)

في الشفيع يهب شفيعته أو يبيعها قبل أن يأخذها

قال أشهب : إذا باع الشفيع قبل أن يأخذ بالشفعة فبيعه مفسوخ. قال ابن المواز : ولا يجوز أن يهب شفيعته قبل الأخذ / وكره مالك أن يأخذ شفيعته على أن يدفعها لغيره ولم يره.

قال عنه أشهب في كتاب محمد والعتبية (2) : وإن كان الشفيع عديماً فقال له رجل خذ بالشفعة وأنا أُرْبِحُكَ كذا ففعل ثم ظهر على ذلك فإن علم ذلك بمعرفة أو إقرار الشفيع والمبتاع وإلا فمن أين يثبت هذا وليس إقرار الشفيع فيه شيء إلا بالبينه. قال أشهب : ولا إقرار المبتاع خاصة حتى يجتمع المبتاع من الشفيع والشفيع على الإقرار بذلك ولا يُقبل إقرار أحدهما دون الآخر. قال مالك : فإن علمت بذلك بينة رد ذلك إلى المبتاع. قال عنه ابن القاسم : هذا مكروه وأرى أن يُرد.

ما جاء (3) في الوكالة على الشفعة

من المجموعة قال ابن القاسم وأشهب : وللحاضر أن يوكل على طلب شفيعته وكذلك قال مالك في وكالته على خصومته، قال أشهب : وكلته قبل أن تجب لك الشفعة أو بعدما عِلِمَتْ بالثمن أو جهلته إذا كان لا يأخذ لك إلا بعد

(1) لفظة (باب) ساقطة من ف و ع.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 66.

(3) ما جاء ساقطة من ع وف.

عَلِمَهُ بِالْثَمَنِ كَمَا يَأْمُرُهُ بِالشَّرَاءِ وَلَا يَوْقِفُ لَهُ ثَمَنًا فَيَتَنَاعَى بِمَا يَشْبَهُ عَلَى الْإِجْتِهَادِ فَإِنْ طَلَبَ الْوَكِيلَ شَفْعَتَهُ فَوَجَدَ الدَّارَ قَدْ هُدِمَتْ أَوْ بُنِيَتْ فَإِنْ عَلِمْتَ بِالْثَمَنِ وَلَمْ تَعْلَمْ بِالْبَنِيَانِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ وَإِنْ أَخَذَ أَوْ سَلِمَ لَمْ يَلْزِمَكَ أَخْذُهُ وَلَا تَرْكُهُ لِأَنَّكَ إِنَّمَا وَكَلْتَهُ عَلَى مَا عَلِمْتَ، وَإِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِالْثَمَنِ وَلَا مَا حَالُ الدَّارِ فَلِلْوَكِيلِ أَنْ يَأْخُذَ بِالشَّفْعَةِ بِالْثَمَنِ وَبِقِيَمَةِ الْبَنِيَانِ وَيَلْزِمَكَ، وَإِنْ عَلِمْتَ بِالْدارِ وَلَمْ تَعْلَمْ بِالْثَمَنِ أَوْ عَلِمْتَ بِهِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ لَكَ بِالشَّفْعَةِ لِأَنَّكَ أَمَرْتَهُ أَنْ يَأْخُذَ / لَكَ مَا قَدْ عَرَفْتَ وَقَدْ صَارَتِ الدَّارُ إِلَى غَيْرِ ذَلِكَ قَالَ : وَلَوْ هُدِمَتِ الدَّارُ فَلَمْ يَعْلَمْ بِهَدْمِهَا وَقَدْ كُنْتَ عَالِمًا بِالْدارِ أَوْ جَاهِلًا [بِهَا عَالِمًا بِالْثَمَنِ أَوْ جَاهِلًا] (١) بِهِ فَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يَأْخُذَ لَكَ بِالشَّفْعَةِ وَلَا يَلْزِمَكَ أَخْذُهُ وَلَا تَرْكُهُ. وَإِذَا وَكَلْتَهُ عَلَى الْأَخْذِ فَسَلِمَ، فَأَمَّا الْمَفْوضُ إِلَيْهِ فَذَلِكَ يَلْزِمَكَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُفَوَّضًا إِلَيْهِ لَمْ يَلْزِمَكَ، وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ قَالَ : وَإِنْ أَقْرَأَ الْوَكِيلَ بِتَسْلِيمِكَ فَهُوَ كَشَاهِدٍ يَحْلِفُ مَعَهُ الْمُبْتَاعُ وَيَلْزِمَكَ فَإِنْ نَكَلَ حَلَفْتَ أَنْتَ وَبَرَأَتْ.

قِيلَ لِأَشْهَبَ : فَيَطْلُبُ لِي شَفْعَتِي وَقَدْ شَهِدَ عَلَيَّ بِالتَّسْلِيمِ ؟ قَالَ : لَا يَنْبَغِي لِلْوَكِيلِ أَنْ يَطْلُبَ لَكَ شَفْعَةً تَزْعُمُ أَنْ طَلَبَهَا لَا يَجُوزُ، فَإِنْ تَمَادَى فَلَيْسَ مَعَهُ الْإِمَامُ وَيَقْضِي بِهَا، وَإِنْ نَكَلَ الشَّفِيعُ عَنِ الْيَمِينِ فَلَا شَفْعَةَ لَهُ، قَالَ : فَإِنْ أَقَامَ بِالْبَيِّنَةِ أَنْ فَلَانًا وَكُلَّهُ عَلَى طَلَبِ الشَّفْعَةِ وَالْمُبْتَاعُ غَائِبٌ أَمَكَّنَ مِنَ الشَّفْعَةِ وَمِنَ الْوَكَالَةِ عَلَيْهَا.

فِيمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى رَجُلٍ وَبَاعَ مِنْ آخَرَ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ

وَمِنْ كِتَابِ ابْنِ حَبِيبٍ قَالَ مَطْرَفُ : فِيمَنْ لَهُ دَارٌ فَتَصَدَّقَ عَلَى رَجُلٍ بِنَصْفِهَا شَائِعًا وَبَاعَ النِّصْفَ الْآخَرَ مِنْ آخَرَ (٢) وَذَلِكَ مُتَّسِقٌ (٣) فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ وَمَجْلِسٍ وَاحِدٍ فَلِلْمُصَدِّقِ عَلَيْهِ أَنْ يَسْتَشْفَعَ وَإِنْ كَانَ فِي كَلَامٍ وَاحِدٍ إِذَا بَدَأَ

- (١) مَا بَيْنَ مَعْقُوفَيْنِ سَاقِطٌ مِنَ الْأَصْلِ مَثَبٌ مِنْ ع.
- (٢) فِي الْأَصْلِ، مِنَ الْآخِرِ وَالصَّوَابُ مَا أَتَيْتَاهُ مِنْ ع وَف.
- (٣) فِي الْأَصْلِ، مَسْتَوًى وَالصَّوَابُ مَا أَتَيْتَاهُ مِنْ ع وَف.

بالصدقة قبل البيع وإن بدأ بالبيع قبل الصدقة فلا شفعة له إلا أن يكون إنما قال كنتُ تصدّقتُ على فلان وبعثتُ من فلان فلا يُنظرُ في هذا بما بدأ به ولا يستشفعُ المتصدّق عليه فيما ذكر أنه باعه بعد الصدقة لأنه لا يدري هل كانت الصدقة قبل أو بعد / ولا يُقبَلُ في ذلك قوله وإنما يُنظرُ إلى تقديمه وتأخيرهِ إذا كان الآن 56 ر يفعله. وقال أصبغ : هو عندي واحد وقوله فيه مقبول لأنه لا يتبين ذلك إلا بقوله وبالأول أقول.

في الوكيل على طلب شِقْصٍ وبيعه فاشتراه لنفسه هل فيه شفعة ؟

من العتبية⁽¹⁾ روى عبد الملك بن الحسن عن ابن القاسم : فيمن وكلَّ رجلاً على طلب حقٍّ له ببلد آخر وفوضَ إليه في بيعه إذا قبضه وأذن له إن شاء أن يشتريه لنفسه بما بلغ، فقدم البلد فألفى حانوتاً للذي وكله فيه شِقْصٌ قد بيع فأثبت وكالته عند القاضي وأن سَهَمَ الذي وكله في هذا الحانوت فتداعى وكيل الغائب ومبتاع الحانوت إلى الصلح على أن يأخذ الوكيل للغائب نصف قاعة الحانوت وعُلُو جميع الحانوت، فلما حضر الشهودُ لوثيقة الصلح أشهدهم الوكيل بعد الصلح في ذلك في المجلس أنه قد أخذ لنفسه ما صالح عليه للذي وكله من نصف القاعة وجميع العلو بكذا وكذا [ديناراً مع الصلح، وقال : إني أصالح على أن يأخذه لصاحبي وأشتريه لنفسي بكذا وكذا] ولم يكن على شرط في أصل الصلح وإنما أشهد بعد الصلح أنه أخذ لنفسه بكذا وكذا⁽²⁾، فزعم المصالح للوكيل أنه يقوم بالشفعة على الوكيل فيما اشترى لنفسه مما صالح عليه. قال : الشفعة لازمة للشريك على ما ذكرنا، وقال أشهب : لا شفعة / فيه لأنه بيعٌ مفسوخٌ لا يجوز إلا أن يبيّزه الذي له نصف الحانوت، ولو كان البيع جائزاً 56 ظ

(1) لم يتيسر ربط النص بأصله.

(2) ما بين معقوفين بعضه ساقط من ع وبعضه ساقط من ف.

كانت الشفعة⁽¹⁾ للشريك في الحانوت ولم تكن له شفعة في علوه، وذلك لأن الشركة بينهما في سفل الحانوت ولا شركة بينهما في علوه وإن كان الصلح بينهما وإنما وقع على أن يأخذه لنفسه فالصلح أيضا بينهما منتقض لأن الشريك إنما رضي بمصالحته ليأخذ بالشفعة فصار الوكيل قد أخذ لما سلّم من الشفعة ثمناً وذلك لا يجوز⁽²⁾.

تم الكتاب الثاني من الشفعة
والحمد لله وحده
وصلواته على سيدنا محمد وآله وسلّم

(1) في الأصل كانت السلعة للشريك.

(2) هنا تنتهي المقابلة من الجزء المتعلق بالشفعة المسجل بخزانة القرويين تحت رقم 793 وتضاف إلى ع أيضا المقابلة بالجزء المتعلق بالقسّم من نفس نسخة القرويين إلا أنه مكتوب بخط مغاير وقد تم نسخه في النصف من شعبان سنة اثنتين وسبعين وأربعمائة.

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد وآله وصحبه

كتاب القسم

ما يُجْمَعُ في القَسَمِ من الدُّورِ والأَرْضِينَ والعَقَارِ
مِمَّا تَتَقَارَبُ أَمَاكِنُهُ وَيَتَّفِقُ كَرْمُهُ
وَمَا لَا يُجْمَعُ بِالْقِيَمَةِ وَمَا يُقَسَّمُ بِالذَّرْعِ

من العتبية⁽¹⁾ والمجموعة من سماع أشهب قال مالك : في الدارين بين قوم إحداهما في موضع عامر يُرْغَبُ فيه والأخرى في موضع غير عامر وهما في قرية واحدة أُيْجَمَعَانِ في القَسَمِ ؟ قال : إن تباعد ما بينهما مثل منزلي هذا ومنزلي آخر بالثنية⁽²⁾ قُسِمَتْ كل دار على حدة بخلاف النخل والحوائط، وإن كانت الدور متقاربة بناحية واحدة جُمِعَتْ في القَسَمِ.

قال عنه ابن القاسم في المجموعة : إذا كان بعضها في الأسواق والمواضع المرتفعة وبعضها في موضع / قاصٍ ليس بالعامر وثمنها متفاوتٌ واحدة ألف دينار⁵⁷ والأخرى خمسون فلتُقَسَّم كل واحدة على حدة.

وقال عنه ابن وهب في المجموعة : إن اختلفت الأماكن وتفاضلت المواضع فَرَّقَتْ.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 123، باب القسم.

(2) لعل المراد بها ثنية الوداع وهي ثنية مشرفة على المدينة ويطؤها من يريد مكة ورجع ياقوت الحموي أنها تسمى بذلك منذ أيام الجاهلية لأنها كانت مكان توديع المسافرين حين خروجهم من المدينة.

وقال أشهب : إذا كانت داران⁽¹⁾ في نمط⁽²⁾ واحد جُمِعَتْ في القسم، وإن كان بعضها أعمر من بعض كالأرضين في نمط واحد وبعضها أكرم من بعض فُتْجِمَعُ عند أشهب. قال سحنون : ليست الدور كالأرضين وقد تكون الدُّورُ في نمط ونفاقها⁽³⁾ مختلفٌ ومن داري إلى الجامع نمط واحد وهو متباين الاختلاف وأما الأرضون، في نمط فلتُجْمَعُ وإن تباينت في الكرم. وابن القاسم لا يجمعها كاللِّدور حتى تتفاوت في الأماكن والنفاق.

وقال ابن حبيب : إن كانت الدور متقاربة⁽⁴⁾ متشابهة في مواضعها واستوت فيها الرغبة جُمِعَتْ وما تباعد في مواضعه وتفاضل في الرغبة فيه فرق⁽⁵⁾، مثل أن يكون بعضها قرب السوق [والمرفق]⁽⁶⁾، أو قرب المسجد والأخرى بعيدة من ذلك فلا يُجْمَعُ إلا بتراضي بغير سهم.

قال ابن القاسم عن مالك في المجموعة : وما كان حول المسجد عندنا من الدور فهو الذي يُتَشَاخُ فيه⁽⁷⁾، فما كان مديراً بالمسجد يتشأخ الناس فيه ضُمَّ بعضه إلى بعض.

وقال سحنون في كتاب ابنه : إذا كانت الداران⁽⁸⁾ في نمط واحد وبناء إحداهما أجد⁽⁹⁾، جُمِعَتَا في القسَم وإن كانت إحداهما قاعة لم تُجْمَعْ مع الأخرى في القسم.

(1) في الأصل وف إذا كانت دارين والصواب ما أثبتناه من ع باعتبار كون كان تامة.

(2) المراد في طريق واحدة ومقر واحد.

(3) نفاقها مُخْتَلَفٌ : الرغبة فيها مختلفة ورواجها مختلف من قولهم نفق البيع نفاقاً راج ونَفَقَتِ السَّلْعَةُ تنفق نفاقاً غلت ورغِبَ فيها وأنفقها هو ونَفَقَهَا بالتشديد.

(4) في الأصل متفاوتة وسياق الكلام يقتضي ما أثبتناه من ع وف.

(5) في الأصل وما تباعد في مواضعه وتفاضل في الرغبة مفترق.

(6) في المرفق ساقطة من الأصل.

(7) يتشأخ فيه : يريد كل واحد أن يفوز به وألا يفوته.

(8) كذا في ع وقد كتبت في الأصل خطأ على الشكل التالي : إذا كانت الدارين.

(9) في الأصل سقطت كلمة بناء.

ومن المجموعة والعتبة⁽¹⁾ من سماع ابن القاسم : في أعذق⁽²⁾ بين ورثة / منها 57ظ
بَحْيَرٍ ومنها بوادي القرى ومنها بناحية الفرع ونحو ذلك قال : يُضَمُّ في القسم ما
بَحْيَرٍ إلى وادي القرى وما كان بالفرع إلى ما كان بناحيها كل ناحية إلى ما قاربها.

قال عنه أشهب: بخلاف الدور وقال عنه: في الحائطين متقاربين في الموضع
وسقيهما بشيء واحد من عين أو نضج وأحدهما عَجْوَة⁽³⁾ والآخر صِيحَانِي⁽⁴⁾
قال : ولا تُقَسَّم حوائط المدينة مع حوائط بَحْيَرٍ ولا تُقَسَّم ذات العين مع النضج
ولا البعل⁽⁵⁾ مع السقي وإن تقاربت الحوائط، ويُقَسَّم كل واحد من هذا على حدة
إلا أن يتراضوا أن يجمعوه في القسم فذلك لهم. وروى عنه مثله ابن وهب في
المجموعة. قال سحنون : وذلك بغير قرعة ولا يصلح بالقرعة لأن ذلك مختلف
ويصير كمن جمع فرساً وحماراً في القَسَم بالسهم. وأشهب يميز هذا كله إذا
رضيا. وقال ابن الماجشون : لا يجوز أن يُجَمَعَ في القسم بالسهم ما اختلف وإن
تراضوا.

قال أشهب : وإن اجتمع الورثة فيما يُجَمَع في القَسَم من الدور على أن
يُقَسِّمُوا كل دار وكل أرض على حدة جاز ولزم إذا اقتسموا.

قال ابن حبيب : لا يُضَمُّ ما يُنْقَى بعين أو بنضج مع البعل في القَسَم ولا
النضج من بئر أو نهر مع ما يُسْقَى بعين أو بساقية نهر سيما لشدة مؤونة النضج
وخفة مؤونة السَّيْح، ويُجَمَع البعل كله إذا تجاور في مواضعه وإن كان بينه الميل
والميلان إذا اشتبه في / كرمه أو لؤمه وتقارب وإن تباعد فَرَّقَ إلا أن يتراضيا على 58ر
قَسَمِهِ بغير سهم.

- (1) البيان والتحصيل، 12 : 105.
- (2) الأعذق جمع عَذَقَ بفتح العين وهي النخلة يحملها وأما العَذَق بكسر العين فهو الكِبَاسَة وهو من
التمر كالعنقود من العنب.
- (3) العَجْوَة ضرب من أجود التمر بالمدينة وغلظتها تسمى لَيْتَة.
- (4) الصَّيْحَانِي بفتح الصاد وتشديد الياء ضرب من ثمر المدينة.
- (5) البَئِل : العِذْي وهو ما سقته السماء، وقال الأصمعي العِذْي ما سقته السماء، والبعل ما شرب
بعروقه من غير سقي ولا سماء وفي الحديث ما شرب بعلا ففيه العشر.

قال ابن حبيب قال مطرف وابن الماجشون : إذا كانت الأرض مستوية في كرمها أو لؤمها قُسِمَتْ بالقيس وإن كانت مختلفة قُسِمَتْ بالقيمة وإن تراضوا وهم أكابر على قسمها بالتخيير⁽¹⁾ والمراضاة بالسواء أو على التفاضل على غير قيس ولا قيمة فذلك جائز، وقاله أصبغ.

ومن المجموعة قال ابن وهب عن مالك : ويُقَسَّم البعل مع العيون إذا كان يشبهها في الفضل. وروى عنه ابن وهب : إذا كانت أموالهم مفترقة وكانت بعلأ ونضحاً أو عيناً أنه يُعْطَى حَقُّه في كل صنف، وأما إن كانت بواد واحد لا فضل بينهما وهي بعل كلها أو عين كلها أو نضح جُمِعَتْ في القسم.

ومن العتبية⁽²⁾ أشهب عن مالك : في النخل بعضها أقرب من بعض من الماء فليُقَسَّم بالقيمة فيُفْضَلُ ما قَرَّبَ من الماء لأن الماء ربما قل فلا يشرب إلا القرية.

قال عنه ابن القاسم : في الأرضين إن تقاربت وبعضها بعين وبعضها بنضح فلا تُجْمَعُ وإن كانت كلها بنضح أو بعين وتباعدت مواضعها لم تُجْمَعُ وإن تقاربت وسقيها بنضح كلها أو بعين جُمِعَتْ وكذلك ذكرها في المجموعة.

ومن المجموعة وقال ابن الماجشون : وإذا تدانت الأرض في كرمها واشتبهت الحوائط واشتبهت الدور في بنائها جُمِعَتْ في القَسَمِ إن تقاربت مواضعها، وليس للقرب حدٌّ به يُعْرَفُ / بحضرة ما يراه من يَرَاهُ يوم يقع.

58 ظ

قال ابن القاسم : في شجر تفاح ورمّان وخوخ وغيره جُمِعَ ذلك كله في القسم بالقيمة والسهم. وقال سحنون : هذا استحسان للمرفق باجتماع الحق وأنا أكره أن يُقَسَّم هذا قَسْماً واحداً.

(1) في الأصل وع بالتخري وما أثراه أخذناه من ف.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 113.

قال عبد الملك : إن كان كل صنف على اختلاطه شبيها بالآخر جاز جمعه في القسم، وإن كان أكثره صنفاً واحداً أُفِرِدَ ذلك الصنف في القسْم وقُسِمَ ما سواه مختلطاً إذا اشتبه.

قال ابن القاسم وأشهب : في الأرض فيها شجر مفترقة شجرة ها هنا وأخرى ها هنا فلتُقَسَم الأرض والشجرُ جميعاً فيقع لكل واحد شجر وأرض.

قال سحنون : وإذا كان ما بين النخل من الأرض مصلحة لها قُسِمَت الأرض مع النخل لأن النخلة التي فضاؤها واسع أزيد في القيمة فأما إذا بعد ما بين النخلتين من الأرض حتى لا تصل منفعة ما بُعد عن النخلة إلى النخلة قُسِمَت النخل مع الأرض، ولو قُسِمَت النخل على حدة احتاجت كل نخلة طريقاً قُسِمَت النخل مع الأرض.

قال ابن عبدوس قال سحنون : والشجر وإن كان بعضها أفضل من بعض أو الأرض بعضها أكرم من بعض فلتُجَمَعَ في القسْم إلا أن يأتي من ذلك أمر متباين فإذا تقارب ذلك جُمِع. وقال ابن حبيب مثله.

في صفة قَسَمِ الرِّبَاعِ والأَرْضَيْنِ
وهل يُجْمَعُ حَقُّ رَجُلَيْنِ فِي الْقَسَمِ مِنْ ذَوِي سَهْمٍ
أَوْ غَيْرِهِمْ إِنْ طَلَبُوا ذَلِكَ أَوْ بَعْضُهُمْ ؟
وكيف إِنْ كَانَ / لِلوَارِثِ سَهْمٌ غَيْرُ مَا وَرِثَ
هَلْ يُجْمَعُ لَهُ ؟
وَمَنْ وَهَبَ نَصِيْبَهُ مِنْ أَحَدِ الدَّارَيْنِ قَبْلَ الْقَسَمِ،
وَقِسْمَةُ الدَّارِ الْغَائِبَةِ

من المجموعة قال ابن القاسم قال مالك : في الورثة أنه يُقَسَمُ بينهم الدار والأرض على أقلهم سهماً ويُجْمَعُ حَقُّ كل واحدة على حدة ولا يُفَرَّقُ وقاله : في أم وزوجة وأخت.

قال محمد بن عبد الحكم : ويُقسَّم على أقل السهام، فإن كان لأحدهم النصف ولآخر الثلث ولآخر السدس فإن اتفقوا على أي الطرفين يُبدَأ به فيما أخرج السهم أسهموا بأيهما يُبدَأ فيُعَرَف أيهما خرج وقد جعل ذلك ستة أنصباء معتدلة فيُسَنَّهُم بينهم فإن خرج [سهم]⁽¹⁾ صاحب السدس كان له سهم من الطرف الذي اتفقوا على أن يبدؤوا به إن أخرجه السهم ثم يُسَنَّهُم بين من بقي فإن خرج صاحب الثلث أخذ سهمين يليان⁽²⁾ سهم صاحب السدس وكان ما بقي لصاحب النصف، وإن خرج صاحب النصف بعد السدس كان له ثلاثة [تليه]⁽³⁾ ثم ما بقي لصاحب الثلث هكذا بعد خروج اثنين يكون للثالث ما بقي. وكذلك إن خرج أولاً صاحب الثلث كان له سهمان أو كان صاحب النصف كان له ثلاثة ثم إن خرج صاحب السدس كان له سهم ثم يكون ما بقي للثالث، وقد قيل إن صاحب السدس لا يكون إلا في أحد الطرفين، قال : والأول أحب إلي. قال محمد : إنما هذا إذا كان نصيبين مثل ابن وزوجة.

ومن العتبية⁽⁴⁾ روى عيسى عن ابن القاسم قال : إذا كان أدنى / الورثة ٥٩٥ سهماً صاحب السدس قُسِمَتْ على ستة أجزاء بالقيمة، وإن كَثُرَت الأرض في بعض تلك السهام بالقيمة لرداءتها وقَلَّت في بعضها لارتفاعها في القيمة فإذا عُدِّل ذلك كتب أهل كل سهم اسم سهمهم ثم أسهم في الطرفين جميعاً فمن خرج سهمه في طرف ضُمَّ إليه ما بقي من حقه ثم يُضْرَبُ لمن بقي كذلك في أحد الطرفين بعد الذي عُدِّل فإذا وقع سهم أحدهم في شِقِّ ضُمَّ إليه سَهْمُهُ.

قال عيسى : وإذا كانت الأرض الكريمة تحمل القِسْمة والدَّنيَّة تحمل القِسْمة قُسِمَتْ الكريمة على حدة والدنية على حدة.

(1) (سهم) ساقطة من الأصل.

(2) كتبت في الأصل عرفة على شكل (ثلاث).

(3) (تليه) انفردت بها النسخة الأصلية.

(4) البيان والتحصيل، 12 : 128.

قال ابن القاسم في المجموعة : يُضْرَبُ على أحد الطرفين فإن تشاحت الورثة (1) في أي الطرفين يُبدَأُ به، ضُرِبَ بالسهم على أي طرف يُبدَأُ به فما خرج ضُرِبَ عليه أولاً ثم يُضْرَبُ بسهامهم فمن خرج سهمه أخذه وضم إليه باقي حقه ثم يُضْرَبُ بسهام مَنْ بقي فإن تشاجروا أيضاً في الطرفين ضُرِبَ أيضاً على أي طرف يبدأ حتى لا يبقى منهم إلا اثنان فإن تشاحا على أي الطرفين يُبدَأُ به لم ينظر إلى ذلك وضرب القاسم على أي الطرفين شاء لأنه إذا ضرب على أحد الطرفين فقد ضرب لهما جميعاً.

وقال ابن الماجشون : إذا ورثه أخوان وأختٌ فليُقَسَّم على خمسة أجزاء ويضرب بثلاثة أسهم. وقيل : بخمسة، والأول أصوب، قوله يُضْرَبُ بثلاثة أسهم - يريد أن الضرب بالسهم يُخْرِجُكَ إلى ثلاثة أنصباء والضرب / مرتين لا أكثر - ثم قال : يضرب [فإن خرج سهم للأخت أخذت ثم ضرب بين الأخوين] (2) فإذا خرج سهم أحدهما ضم إليه سهم الآخر وكان ما بقي للآخر، وإن خرج [أولاً سهم أحد الأخوين جمع إليه سهم الآخر ثم ضرب للأخ والأخت فإن خرج سهم الأخ جمع إليه سهم الآخر وكان ما بقي للأخت، وإن خرج] (3) سهم الأخت فما بقي للأخ.

قال ابن حبيب قال مطرف : وتُقَسَّم الدار والأرض بين الورثة على أقلهم سهماً إن كان أدناهم سهماً له السدس فعلى ستة وإن كان الثمن فعلى ثمانية وكذلك جزء من آثني عشر أو سهم يبقى للعصبة فليُقَسَّم على [أقل] (4) سهام الفريضة، فإن كانت الأرض مستوية قسمت بالقيس وإن كانت مختلفة فبالقيمة على قدر تفاضلهم، فإذا استوث كتب أهل كل سهم اسم سهمهم في بطاقة ثم أخرجت بطاقتين بطاقتين من جملتها فتجعل بطاقة في هذا الطرف وبطاقة في

(1) في ع، فإن تشاحا الورثة.

(2) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

(3) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

(4) كلمة أقل ساقطة من الأصل.

الطرف الآخر فمن خرج سهمه في طرف ضُمَّ إليه ما بقي من حقه ويصير أهل الثمن أهل سهم واحد وأهل السدس أهل سهم واحد وأهل الثلث من الكلالة كذلك وأهل الثلث بالوصية كذلك، ومن صارت له سهام من ميراثه ومن اشتراؤه من بعض الورثة ومن صدقة أحدهم عليه ضُمَّت له تلك السهام كلّها إلى حقه فيأخذها مجتمعاً ثم بعد هذا القسم يقسم أهل كل سهم ما صار لهم مثل النسوة في الثمن والجدّتين في السُدس / والكلالة في الثلث، وقاله ابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصنغ، وقالوا : هو قول جميع أصحابنا. قال سحنون : يُبدَأُ في قِسْمَةِ الدار برفع الطريق من باب الدار إلى أقصى بيوتها فينظر مع ذلك فلا يحسبه على أحد ثم يُقسَم ما بقي بالقيمة على الأنصاء ثم يرمي بالسهام.

ط60

قال ابن حبيب قال ابن الماجشون : إذ أكرينا الدار واتسعت ساحتها قُسِمَ ذلك كلّها معاً، فإن ضاق البنيان عن القَسَمِ واتسعت الساحة قُسِمَ البنيان والساحة بالإجتهد وليس على أن تقع السهام كلها في البنيان إن ضاق عنها ولكن على الإجتهد يضم إلى الساحة حظاً منها وإن كَبُرَ البنيان وحمل القسم وضاعت الساحة [أُفِرِدَ البنيان بالقَسَمِ وَتُرِكَتِ الساحة⁽¹⁾]، وقد قال قائل : لا تُقسَم الساحة مع البنيان وإن حملت القَسَمَ، ورأى أنه تأويل قول مالك وقد أخطأ وأنكر سحنون وابن حبيب قَسَمَ أهل العراق في قولهم : أن يأخذ مساحة أرض الدار ثم يقسمها على الفرائض بالسهم فمن وقع عليه درك في القيمة فيما صار له أخذ الفضل ومن وقع له فضل ودّى الفضل وهذا غلط وغلر⁽²⁾ ولا يجوز لأن بعضهم يأخذ مالاً وربعاً والآخر ربعاً وهذا، التخاطر، والصواب أن يُقسَم ذلك بالقيمة يُقَوَّمُ البنيان بقاعته.

قال ابن حبيب : يُقَوَّم بقاعته وما يليه من ساحة الدار وبمخرج كل سهم فيه فيُقَوَّم كلّ سهم بقيمته في موضعه من الدار ليس الجوفي كالقبلي ولا القبلي

(1) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

(2) في ع، وهذا غلط وضرر.

كالشرقي / وإذا عُرِفَت السهام بالقيمة كُتِبَ أهل كل سهم في بطاقة ثم أُخْرِجَ⁶¹ منها بطاقتان فجعل هذا بطاقة في هذا الطرف وبطاقة في الطرف الآخر فمن خرج سهمه في كليهما أخذه وضَمَّ إليه تمام ميراثه ثم تُخْرِجُ بطاقتان فتوضع⁽¹⁾ واحدة في هذا الطرف والأخرى في الطرف الآخر حتى يتم ذلك.

قال ابن عبدوس قال سحنون : ووجه قَسَمِ الشجر أن يُقَوِّمَ القاسم كُلَّ شجرة بالعدل إن كان من أهل المعرفة بقيمة ذلك الموضع وإلا جُمِعَ لذلك أهل المعرفة [بالقيمة ويُسأل لذلك أهل الخبرة]⁽²⁾ والمعرفة عما عرف من حمل كل شجرة قُرْبَ شجرة لها منظر ولا مخبر لها وأخرى يكثر حملها لا منظر لها، فإذا قَوِّمَ ذلك جمع جميع القيمة فقسمها على قدر السهام فعرف ما ينوب كل سهم ثم ضرب بالسهم بأي الطرفين يبدأ فإذا عرفه كتب أسماء الأشارك كل واحد في رقعة ثم يدخلها في كفه فيخلطها ثم يُخْرِجُ أول سهم ثم ثانياً ثم ثالثاً ثم رابعاً إلى آخر ذلك، فإذا تمت بدأ بالأول فأعطاه من الناحية التي وقع عليها السهم أولاً فأعطاه شجرة شجرة حتى يكمل له ما صار له من جملة القيمة⁽³⁾، فإن استوفى بكمال شجرة فقد استوفى وإن لم يأتِ حَقُّه على تمام شجرة وبقي له كسرٌ من القيمة أُعْطِيَ ذلك في شجرة فكان شريكاً فيها بقدر ما بقي له ويأخذ من بعده ما بقي من الشجر يضم إليه تمام حقه.

قال مالك في المجموعة : في الزوجة مع العصبية في قسمة الأرض أنه يضرب لها في / أحد الطرفين، قال ابن القاسم : كان العصبية واحداً أو جماعة. قال عبد الملك : ثم يستهم العصبية فيما بينهم إن شاؤوا وإن خرج أولاً للعصبية على أحد الطرفين فلها بغير سهم السهم الباقي. قال ابن حبيب : لأن العصبية كأهل سهم واحد فيكتب اسم⁽⁴⁾ العصبية في بطاقة والزوجة في أخرى ثم توضع بطاقة ها هنا

(1) في الأصل وع ثم تخرج بطاقتين ويضع واحدة إله وآثرنا كتابة ما في ف بناء على أن الفعلين مبنيان للمجهول.

(2) ما بين معقوفتين ساقط من ف.

(3) في ف من جملة القسمة وما أثبتناه مأخوذ من الأصل وع.

(4) في ع وف فيكتب أسهم العصبية.

وأخرى ها هنا قال : وإنما هذا إذا كان معها عصبة بنون أو غيرهم، وأما إن كان معها مثل الأم والإبنة وغيرها فهنا يُقرع بينهم فحيث خرج سهم الزوجة أخذت.

قال المغيرة في المجموعة : في الزوجة مع العصبة أنها تُعطى حقها حيث خرج في الطرفين وغيرها قال ابن الماجشون : وهذا أقول.

ومن العتبية⁽¹⁾ [قال]⁽²⁾ أشهب عن مالك : في الإخوة لأم يرثون الثلث فيريد أحدهم أفراد حقه⁽³⁾ على حدة فليس له ذلك وليقسم له وإخوته الثلث ثم يقاسم إخوته إن شاء، وكذلك الزوجات وكذلك العصبة وإنما يتقاسمون بينهم بعد ذلك، ومثله في الواضحة قال : وكذلك الجدات في السدس وأهل كل سهم.

ومن العتبية⁽⁴⁾ والمجموعة عن ابن القاسم عن مالك في الرجل والمرأة يرثان الدار فيقع لأحدهما موارث بعضها بعد بعض أنه يجمع حظه كله في سهم واحد كل ما ورث أو اشترى. وفي الواضحة مثله. ومن المجموعة : وقال غيره : في امرأة هلكت عن زوج وأم وابن فقطع الأم والإبن الزوج على شيء من التركة وسلم /⁶² لهما باقي الميراث فليقتسما بقية المال على تسعة أسهم تسعان للأم وسبعة أتساع للولد.

قال ابن حبيب قال مطرف عن مالك : في أحد الورثة للدار والأرض يشتري من بعضهم أو يوهب له ثم يقتسمون، أنه يجمع له ما ورث وما صار إليه منهم في القسم ولا يفرق عليه. قال ابن حبيب : ولا تُقسم الدور والأرض بالذرع ولكن بالقيمة وكذلك عن ابن القاسم في العتبية⁽⁵⁾ في رواية يحيى.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 114.

(2) قال ساقطة من الأصل.

(3) في ف أفراد حظه.

(4) البيان والتحصيل، 12 : 111.

(5) البيان والتحصيل، 12 : 123-128.

وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة : في الدار بين الرجلين فيأخذ هذا طائفة والآخر طائفة على أن لأحدهم الطريق على الآخر وملك الطريق لمن صارت له قالوا : لا بأس به.

قال سحنون : إنما هذا بالتراضي بغير سهم وإنما يُضْرَبُ بالسهم بعد رفع الطريق.

قال ابن عبدوس قال أشهب : في أقرحة⁽¹⁾ بين قوم أراد بعضهم أن يُعْطَى حقه من كل أرض وقال بعضهم بل اجْمَعْ لي نصيب في موضع فإن كانت في نمط واحد وإن كان بعضها أكرم من بعض فإنه يجمع لمن طلب حصته في مكان واحد، وإن زاد حظُّه عن أرض واحدة أخذ من الأخرى تمام حقه، وإذا اجتمعت أنصباء الذين أرادوا الجمع اقتسم الذين أرادوا التفريق أنصباءهم على ما تراضوا عليه. قال ابن عبدوس : يجعل سهام المريدين للتفريق سهماً واحداً وسهام [مُرِيدِي الجمع سهماً سهماً ثم يُقَرَّغُ فإن خرج سهم]⁽²⁾ مريدي التفرقة جمع إليه باقي حقوقهم وصار كحق رجل واحد وحيث ما خرج سهم مريدي الجمع / أخذ كل واحد حقه حيث خرج ثم يرجع الذين أرادوا التفرقة فيقسمون كل أرض مما صار لهم على حِدَّتِها فيأخذ كل إنسان حَقَّهُ من ذلك.

قال أشهب : وإن تباعدت الأرض ليست في نمط قَسَمَ للذين طلبوا أن يُعْطُوا حقوقهم من كل أرض في الأرضين ثم قيل للمريدين جمع حقوقهم اقتسموا على ما تراضون عليه. قال ابن عبدوس : يجعل سهم من يحب الجمع ها هنا سهماً واحداً ثم يُقَرَّغُ بينهم في كل أرض على حِدَّتِها فإن خرج سهم الذين أرادوا الجمع جمع لهم حَقُّهم في تلك الأرض وأعطى مريدي التفرقة كل واحد نصيبه منها حيث صار له، فهكذا يُعْمَلُ في كل أرض ثم يرجع الذين أرادوا الجمع فيقسمون ما صار لهم مجتمعاً على ما أرادوا.

(1) الأقرحة جمع قَرَح والمراد بها المزارع التي ليس عليها بناء ولا فيها شجر.

(2) ما بين معقوفين ساقط من ع.

قال ابن عبدوس : وليس هذا أصل مالك وأصحابه لأن أصلهم لا يجمع
حظ اثنين في القسّم، وهذا أيضاً على ما ذهب إليه أشهب : أن الشركاء إذا رضوا
بقسم الصنفين المختلفين بالقرعة جاز وخالف فيه أصحابه.

قال ابن القاسم : في الدار الغائبة بين الرجلين لا بأس أن يقسماها على
الصفة. قال سحنون : وكيف تُقسّم وهي غائبة ولا يُدرى ما حدث فيها إلا أن
يكون بتراضٍ بغير قرعة ولا يجوز بالقرعة ولا يُجبر على القسم من أباه.

ومن كتاب ابن سحنون : وكتب شجرة إلى سحنون : فيمن ترك ابناً
وثلاث بناتٍ فترك دارين متلاصقتين في نمط واحد ولهما في السّاحة سواء إلا أن
واحدة أسنى بناءً من الأخرى فوهبت / واحدة من البنات نصيبها من إحدى
الدارين لأختها الأخرى قبل القسّم هل يُجمع لها ذلك مع نصيبها في القسم ؟
وهل يُجمع قسّم الدارين على هذا ؟ فكتب إليه : إذا كان الداران⁽¹⁾ كل واحدة
مبنية إلا أن واحدة أسنى بناءً [من الأخرى فوهبت واحدة من البنات نصيبها من
إحدى الدارين لأختها الأخرى قبل القسم هل يجمع لها ذلك مع نصيبها في
القسم ؟ وهل تجمع قسمة الدارين على حدة ؟ فكتب إليه إذا كانت الداران كل
واحدة مبنية إلا أن واحدة أسنى⁽²⁾ فليُجمعاً في القسّم كأنهما دارٌ واحدة
فيقتسمان على خمسة أجزاء بالقيم ويعدل حتى لا يكون بين ذلك زيادة ثم يرمي
السهم على أحد الطرفين، فإن خرج سهمُ الغلام يُجمع له سهمان ثم يسهم فإن
خرج سهمُ إحدى البنات أخذت السهم الثالث ثم يسهم فتأخذ الثانية الخمس
الرابع ثم ما بقي للثالثة، وإن خرج أولاً لإحدى البنات⁽³⁾ أخذت خمساً ثم إن
خرج لأخرى أخذت خمساً ثم إن خرج للذكر أخذت خمسين وللثالثة ما بقي،
وكذلك إن خرج البنات قبله كان ما بقي له ثم ينظر إلى الواهة فإن وقع سهمها
في الدار التي وهبت مصابئها منها أخذت المتصدق عليها خمس تلك الدار مما في

(1) في الأصل إذا كان الدارين وهو خطأ واضح.

(2) ما بين معقوفين ساقط من الأصل مثبت من ع وف.

(3) في الأصل وف وإن خرج أحد من البنات وما أثبتناه من ص.

يديها، وإن وقع حقها في الدار الأخرى بطلت هبتها، وإن اختلفت الداران⁽¹⁾ فكانت واحدة مبنية والأخرى قاعة قُسمت بكل واحدة مفردة فإن كانت الهبة في المبنية قُسمت وُجِعَ للموهوبة فيها سهام من خمسة بالقيمة، وإن كانت الهبة في القاعة قُسمت وعمل فيها كذلك. وكتب في سؤاله وإنهم قسموا الدار التي فيها الهبة ووكلت الموهوبة من يُقسّم لها فقسمت على خمسة ولم يُجمَع لها سَهْمُ الميراث⁽²⁾ مع سهم الهبة فقالت / : لا أرضى هذا ولم أَمُرْ وكيلي أن يُفَرَّقَ عليّ ؟^{ط 63} وكتب إليه : إن كان الداران⁽³⁾ مما لا يُجمَع في القسَم فانقض القسَم حتى يجمع لها سهمين في موضع وإن كانت التي قسموا ليست فيها الهبة وسهامها لا تُجمَع في القسَم فامضي القسَم.

في الدار لها ساحة وطريق هل يُقسَم معها
وقد أراد ذلك بعضهم أو أباه ؟
وفي بيع الطريق وكيف إن قسموا ولم يذكروا الطريق ؟
[وفي الساحة تبقى مشاعا بعد القسم هل تقسم ؟]⁽⁴⁾

من المجموعة قال ابن وهب وابن القاسم وأشهب عن مالك : في الدار بين قوم لها ساحة واسعة وليس لبيوتها حجرٌ فأرادوا قسَمها مع العرصة ؟ قال : ذلك لهم ليتخذوا حجراً على بيوتهم وإنما العرصة التي لا تنقسم التي لبيوتها حجرٌ تسترها وتبقى العرصة مُناخٌ إبلهم⁽⁵⁾، ومرتفقهم. قال أشهب : وكذلك إن كانت البيوت لا حجر لها والعرصة إن قُسمت ضاقت فإنها لا تُقسَم وتُقرُّ بينهم. وقاله ابن حبيب.

(1) في الأصل وف اختلفت الدارين والناسخ يقع في مثل هذا الخطأ كثيراً.

(2) في ع، وهل يجمع لها سهم الميراث والصواب ما أثبتناه من ف وع.

(3) في الأصل، إن كان الدارين.

(4) ما بين معقوفين انفردت به ف ولم يرد في الأصل وع.

(5) في ع وف وتبقى العرصة مباحة بينهم.

وقال ابن الماجشون : وثُقَسِّمُ البيوت فقط وتبقى الساحة بينهم. وقال : ولقد قال قائل - يعني مطرفاً - : لا تُقَسِّمُ الساحة وإن حملت القَسْمَ وثُقَسِّمُ البيوت، ورآه تأويل قول مالك لا تُقَسِّمُ الساحة وإن احتملت القَسْمَ، وأخطأ التأويل وإنما تلك الساحة الفناء يكون أمام دار القوم محطاً لرحالهم وأثقالهم ومدخلاً للناس عند تضايق الطريق لهم وتكاثر الدواب وازدحام الناس فتلك لا تُقَسِّمُ وإن احتملت القَسْمَ وإن اجتمع الورثة على / قسمها لأن فيها حقاً لغيرهم.

64

وقال لي مطرف وابن الماجشون عن مالك : أنه لا يُجِيزُ قِسْمَةَ الفناء. قال ابن المواز : ولا يُقَسِّمُ ما بقي مشاعاً بعد القسم من قاعة دار أو طريق. قال : وإذا كانت العرصة واسعة فأراد أحدهم بيع نصيبه منها فليس له ذلك إلا ببيع مصابته من البيوت أو يأذن له في ذلك شركاؤه فإن أئى أحدهم لم يكن له ذلك ورُدَّ إن فعل، وإن اجتمعوا على قسم العرصة فذلك لهم كانت واسعة أو غير واسعة كان بعد قسم البيوت أو معها - يريد محمدٌ بغير سهم.

ومن كتاب ابن المواز والمجموعة قال ابن وهب عن مالك : في قوم لهم دارٌ مقسومة وباب مدخلهم واحد ولهم عرصة فيريد كل واحد أن يصير له من العرصة بقدر ميراثه ليربط فيه دابته فلا بأس أن يُعْطَى كل واحد منهم قدر ما نصيبه من ذلك⁽¹⁾. وقاله أشهب : يريد مما يلي نصيبه. قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة : إذا تراضوا بذلك فهو جائز. قال أشهب : كانت العرصة واسعة أو لم تكن. [قال في كتاب ابن المواز : وإن اختلفوا ولم تكن]⁽²⁾ واسعة فلا يُقَسِّمُ إن أئى أحدهم، وإن كانت واسعة نظر فإن لم يكن لبيوتهم حجرٌ قَسِمَتْ إن طلب القَسْمَ أحدهم إذا كان يبقى بعد القسم ما ينتفعون به في الممر وغيره ولا يدخل ضرر على من أئى القسم، ويقسم لكل واحد بحصته مما يليه وإن كان يصير لكل واحد ما لا ينتفع به لم يُقَسِّم.

(1) في ع وف قدر نصيبه من ذلك.

(2) ما بين معقوفين ساقط من ف.

ومن المجموعة قال ابن القاسم : وارتفاعهم بالساحة إذا قُسِمَت البيوت / 64 ط
ارتفاعاً واحداً القليل النصيب والكثير في ملك سواء. وروى أشهب عن مالك في
المجموعة وكتاب محمد : إنما ارتفاعهم فيها بقدر عدد البيوت لا على الأنصاب ولا
على قدر الأبواب وليس البيت الصغير كالكبير ؛ الكبير أكثر مرفقاً.

قال ابن الماجشون : إذا كانت الساحة من حقوق الدار قُسِمَت معها وإن
كانت الساحة أرضاً واسعة قُسِمَت الدار على حدة ثم إن شأوا قسموا أرضهم
ليس اسمها ساحة ولا فتاًء.

قال أشهب وعبد الملك : ولا بأس بشراء ممر في دار دون أن يشتري من رقة
الدار شيئاً وذلك إن كان يخرج به إلى انتفاع مثل أن يفتح فيه باباً فيمر منها
حيث لم يكن يمر. قال أشهب : وإن لم يكن ينتفع أكثر من أن يدخل إلى أقصى
الدار ثم يرجع فهذا لا يجوز. قال ابن الماجشون : وإذا كان عليك ممر لرجل
فاشترته منه فذلك جائز ويجعل البائع ممره حيث شاء وإلا تركه مسدوداً إلى أن
يجعل الله له طريقاً أو يفتح له باباً.

قال ابن القاسم : وإن اقتسموا داراً وساحتها ولم يُذكر الطريق فالطريق لمن
صارت له وللآخر فيها الممر إذا لم يشترط صرف الطريق، وهذا على مذهب
سحنون لا يجوز بالسهم إلا برفع الطريق بينهم. قال ابن حبيب : إذا لم يذكر،
الطريق عند القسم أعدت القسم ثانية على ذكر ذلك ومعرفة مخرج كل سهم ما
لم يشترط قطع ذلك وكذلك لو اقتسموا داراً بتراضٍ بلا سهم أو بالسهم ومجرى
مائها في / ناحية فصارت تلك الناحية في سهم واحد منهم فكره مجرى مائهم
عليه ولم يذكره عند القسم فإن القسم ينتقض ثم يُعاد على ذكر ذلك وبيانه.

وفي آخر الكتاب باب مفرد لهذا [قد يتكرر فيه مما ها هنا] (1).

(1) ما بين معقوفين ساقط من الأصل مثبت من ع وف.

**في قسمة الحمام والبيت الصغير
والعين والبئر والماجل⁽¹⁾
وفحل النخل وغيره وما في قسمة ضرر،
وذكر قسمة الماء بالقلد⁽²⁾**

في المجموعة قال أشهب عن مالك : في الأرض بين أشراك ولمن فيها عَيْنٌ فيريدون القسَمَ وإن اقتسموا صار لبعضهم ما لا يكون فيه عين يُقسَمُ أو يباع ؟ قال : بل يُقسَمُ أما رأيْتُ قَسْماً لإنسان في دار لا يستطيع سكناه. قال : وإن اتخذ بعضهم عيناً فليس لمن صار⁽³⁾ له ما لا يكون فيه عين الدخول معه.

قال مالك : وقد عُمِلَ بذلك بالمدينة حتى صار لبعضهم ما لا يُتَفَعُّ به في قَسْمِهِ. قال ابن القاسم عن مالك : وَيُقَسَّمُ الْحَمَامُ..

قال عبد الملك : لم أعلم مَنْ وافق مالكاً على قَسْمِهِ من أصحابنا ولا سمعتُ من يستحسنه وهذا من الضرر.

قال ابن حبيب قال مطرف عن مالك : أنه يَقْسِمُ الْأَرْضَ وإن قُلْتُ ولم يقع لواحد منهم إلا مذود.

قال ابن حبيب : وقال أبو حنيفة : يقول مالكٌ هذا وهو شاذٌّ ولم يَقُلْ به من أصحاب مالكٍ إلا ابن كنانة وباقي أصحابه المدنيين والمصريين على خلافه، منهم ابن أبي حازم والمغيرة، وابن دينار، ومطرف، وابن الماجشون / وابن نافع، وابن وهب، وابن القاسم، وأشهب، وابن عبد الحكم، وأصبغ وقالوا : معنى قول الله

(1) الماجل كل ماء في أصل جبل أو واد ويجمع على مواجل وقد تقدم شرحه.

(2) القِلْدُ المراد به هنا تقسيم أيام السقي وتوزيعها على المتفعين به حسب ما لهم من حقوق فيه وقد تقدم شرحه.

(3) في النسخ كلها فليس لمن طار له ولعل الصواب ما أثبتناه.

سبحانه ﴿مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ﴾⁽¹⁾ ثم يُقَسَّمُ على السنة وبقي الضرر. وقد قال النبي ﷺ [لا ضَرَرٌ ولا ضِرَارٌ]⁽²⁾، فمن أعظم الضرر أن يُقَسَّم بينهم ما لا يُنْتَفَعُ به ولكن يُبَاعُ ويُقَسَّم الثمن. قال مطرف : وهذا كان يَقْضِي قَضَاةَ المدينة كُلُّهُمْ إلا هشام ابن عبد الله المخزومي.

قال مطرف : والذي آخذ به أنه إن كان بعضهم ينتفع بسعة سهمه ويضيق عن بعضهم لقلة سهمه فَيُبَاعُ ويُقَسَّم الثمنُ أُولَى بالصواب. قال ابن الماجشون : سواء ضاق السهم عن جميعهم أو عن بعضهم وإن كان أقلهم حظاً فإنه لا يُقَسَّم وإن كان لأصغرهم حظاً انتفاعاً في وجهٍ من وجوه المنافع وإن قَلَّ مما لا ضَرَرَ فيه فالقَسَمُ قائمٌ. قال ابن حبيب : [قاله كله أصبغ وذكره عن ابن القاسم. قال ابن حبيب]⁽³⁾ : ولا يُقَسَّمُ الحِمَامُ ولا الفرن ولا الرَّحَى ولا البئر ولا العين ولا الساقية ولا الدِّكَانَ ولا الجدار ولا الطريق ولا الشجرة.

ومن المجموعة : يُقَسَّمُ الجدارُ إن لم يكن فيه ضررٌ.

قال أشهب : لا يُقَسَّمُ إلا باجتماعهم قال : وإن كان لهذا عليه جُذُوعٌ ولهذا عليه جُذُوعٌ لم يُقَسَّم. قال ابن القاسم : وليتقاوياه. ولم يذكر أشهب المقاواة.

قال ابن القاسم وأشهب : في زيتونة ونخلة بين رجلين فلا يقتسماهما⁽⁴⁾ بينهما إلا أن يتراضيا ويعتدلا في القَسَمِ - يريد بالقيمة. قال سحنون : / ترك ابن القاسم قوله وهو : لا يجمع صنفين مختلفين في القَسَمِ وإن تراضيا. قسم 3

قال أشهب : وإن قَسِمَتِ الدارُ وتركَ ما جَلَّها فلا يُقَسَّمُ بعد ذلك وإنما يُقَسَّمُ الماجل مع الدار قَسْماً واحداً، وكذلك البئر وكذلك العينُ في النخل إلا أن تكون العينُ إن قَسِمَتِ ماتت ويكون في موتها موت النَّخْلِ وكذلك فحول النخل تُقَسَّمُ مع النخل.

(1) الآية السابعة من سورة النساء.

(2) سبق تخريجه من مسند الإمام أحمد بن حنبل.

(3) ما بين معقوفتين ساقط من ع وف.

(4) في الأصل فلا يقسمانها والصواب ما أثبتناه من ف وع.

قال ابن حبيب : وجه قَسْمِ العيون والآبار بين الورثة والشركاء على ما تراضوا عليه فإن لم يتراضوا وأحبوا السهم فلا يُقَسَّمُ إلا على أن يصير كل عَيْنٍ أو كل بئر منفردة لكل واحد بلا دركٍ لبعضهم على بعض ولكن يعتدل ذلك في القيمة، فأما على أن يُجَمَعَ اثنان في عين أو بئر فلا يجوز ذلك بالسهم إذا كانت العيون والآبار تحمل القَسْمَ على ما ذكرنا بقيت بينهم يسقون بمائها سهامهم بقدر موارثهم وشركتهم، ومن دعا إلى البيع قُضِيَ له بذلك فإذا وقفت على ثمن فلا آخر أخذها به.

قال عبد الملك : وليس ما يفعله الناس من اقتسام البئر بين الدارين فيُقَسَّمُ بجدار يُحْمَلُ على وسطها قِسْمَةٌ يُعْمَلُ بها ولا يُحْكَمُ وليس بلازم.

قال ابن عبدوس قال أشهب : لا تُقَسَّمُ العيون ولا الآبار إلا على الشرب إلا ما إذا قَسِمَ منها لم ينقطع ماؤه فإن كان منها شيء يكون كذلك بالقَسْمِ فيها مع النخل قسماً واحداً.

قال ابن حبيب : وإن طلب الورثة أو الشركاء قِسْمَةَ الماء بينهم من العين أو البئر أو من عيون أو آبار لم يحمل القَسْمُ قِسِمَ بينهم ثم يسقي كل واحد بجميع الماء حتى / يستوعب قلده ثم يأخذه الذي يتلوه ثم الآخر حتى يتموا، وتفسير⁽¹⁾ ذلك إن تحاكموا فيه واجتمعوا على قسمه فليأمر الإمام رجلين مأمونين أو يجتمع الورثة على الرضى بهما فيأخذان قِدرًا من فخار أو شبهها فيثقبان في أسفلهما بمثقب بمسكانه عندهما ثم يعلقانها ويجعلان تحتها قصريّة ويُعدّان ماءً في جرارٍ ثم إذا تصدع الفجر مَبًّا الماء في القِدر فسال الماء من الثقب فكلما هم الماء أن ينضب صَبًّا حتى يكون سيل الماء من الثقب معتدلاً النهار كله والليل كله إلى انصداع الفجر ثم يُنَحِّيَانِها ويقسمان ما اجتمع من الماء على أقلهم سهماً كيلاً أو وزناً ثم يجعلان لكل وارث قِدرًا يحمل سهمه من الماء ويثقبان كل قِدرٍ منها بالمِثْقَبِ الذي ثقبا به القِدر الأولى فإذا أراد أحدهما السَّقْيَ على قِدره بمائه وصرف الماء كله إلى

(1) في ف ويقسم ذلك إن تحاكموا فيه.

أرضه فيبقى ما سأل الماء من قدره ثم كذلك بقيتهم⁽¹⁾ فإن تشاحوا⁽²⁾ في التبديّة استهموا فيه.

ومن كتاب ابن المواز قال أشهب : وإذا قسما الأرض وأبقيا بينهما البئرَيْن أو العينَيْن ثم أرادا قسمتهما فلا أحبُّ ذلك بالسهم ولكن بالمرأضة إلا أن يُحاطَ بذلك ومعرفة قدرهما ويؤخذ من يعرف ذلك.

في قَسَمِ الْعُلُوِّ مَعَ السُّفْلِ وَالْقَضَاءِ فِيمَا يَنْهَدَمُ مِنْ ذَلِكَ وَمَا يَحْدُثُهُ أَحَدُهُمْ وَقِسْمَةُ الْأَرْحَاءِ

من الواضحة ومن قول مالك : في قِسْمَةِ الدَّارِ ذَاتِ الْعُلُوِّ أَنْ تُقَوِّمَ /⁶⁷ حسب البيوت التي عليها على صاحب السفلى وكذلك يُجْعَلُ الجِدَارُ مِنْ أَسَاسِهِ إِلَى مَوْضِعِ الْفَرَشِ لِلْسُّفْلِ وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ عَلَيْهَا سَطْحٌ. قال ابن القاسم في المجموعة : وعلى صاحب العلو [دَعَمَ⁽³⁾ عُلُوَّهُ⁽⁴⁾] حتى يبنّي صاحب السفلى إذا احتاج إلى ذلك وليس على الأسفل أن يبنّي سفله إلا بما كان به مَبْنِيًّا قَبْلَ ذَلِكَ وإن أضر ذلك بصاحب العلو.

قال أشهب وعبد الملك : إذا انهدم السفلى فعلى ربه أن يبنيه حتى يضع الخشب والجريد حتى يصير أرضاً.

قال أشهب : فإن أبى أن يبنّي قيل له بَعْ - يريد مِمَّنْ يبنّي - وليس لصاحب العلو أن يبنّي السفلى وليس لصاحب السفلى أن يهدمه إلا من ضرورة، وليس لرب العلو أن يبنّي فوق علوه شيئاً يُضِرُّ بصاحب السفلى إلا ما خَفَّ وَلَا يُبَدِّلُ مَا انْكَسَرَ مِنْ خَشْبِهِ إِلَّا بِمِثْلِهَا أَوْ مَا يَقَارِبُهَا فِي الْخَفَةِ.

(1) في ع، ثم كذلك يقسم.

(2) في ف فإن تشاحروا.

(3) في الأصل، إِدْعَامٌ وفي ع، دَعَامٌ وهي ساقطة من في ف ورأينا أن كلمة دعم أولى من غيرها وأسلم استعمالاً لذلك جفتاً بها عوضاً عما هو موجود بالنسختين.

(4) ما بين معقوفتين ساقط من ف.

ومن الواضحة قال : ويقسم الورثة الأرحاء على ما تراضوا فإن لم يتراضوا فلا تُقسَّم إلا أن يكون عددها كعدد سهامهم وتتفق قيمتها حتى لا يبقى على أحد دركٌ فأما على أن يصير رحى بين اثنين أو يصير على أحدهم دركٌ أو يأخذه فلا يجوز ذلك.

وفي كتاب الأرحية بقية القول في قَسَم ماء الأرحية وهل فيها تبدئة بالماء للأول على من بعده ؟

باب (1)

في قِسْمَةِ العبيد والمتاع والعروض وما يُجمَع من ذلك في القَسَم

من الواضحة قال ابن حبيب : ذهب ابن القاسم إلى أن جعل البَرَّ كله من الحَزْ / والحريز والقطن والصوف والكَتَّان والمرعزى (2) والفراء صنفًا واحدًا في القَسَم. وخالفه مطرف وابن الماجشون وقالوا : لا يُقسَّم ثياب الحَزْ والحريز مع ثياب القطن والكَتَّان ولا مع الفراء ولا يُقسَّم الصوف والمرعزى مع ما ذكرنا.

قال ابن حبيب : وثياب القطن والكَتَّان صنف واحد [في القَسَم] (3) وإن كان فيها قَمَصٌ وأردية وعمائم، وثياب الحَزْ والحريز من الوشي وغيره صنف واحد إلا ما كان من وشي القُطْنِ اليوسفي والصنعاني (4) والمشطب من اليماني كله ولا يُقسَّم مع وشي الحَزْ ولا الحريز وليُقسَّم وحده بالسهم وإن كان فيه حَبِرٌ (5).

(1) كلمة باب ساقطة من ع وف.

(2) المرعزى كتبت في ع والأصل، المرز والصواب ما أثبتناه من ف وقد تقدم لنا شرح هذه الكلمة في الجزء التاسع من هذا الكتاب وقلنا آنذاك المرعزى بالألف المقصورة مع تشديد الزاي ويمد إذا خفف. والميم والعين مكسورتان على كل حال وقد تفتح الميم في الكل : الرغب الذي تحت شعر العنز قاله الجوهرى وجعل سيبويه المرعزى صفة عنى بها اللين من الصوف (تاج العروس).

(3) في القسم ساقطة من ع.

(4) نسبة إلى صنعاء اليمن على غير قياس.

(5) في الأصل، وخز والصواب ما أثبتناه من ف والمراد بالخَيْرِ البُرْدُ المُوَشَّى وهو من الثياب : الناعم الجديد.

ومشطَبٌ ووشِيٌّ وصنعانيٌّ ويوسفِيٌّ. وثياب الديباج صنف لا يُقسَمُ مع ثياب الخَزِّ والحَرِيرِ، وثياب الصوف والمِرْعَزِيِّ صنف وإن كان منها جيب وسنْجَابٌ⁽¹⁾ وفراء الخَزِّ فإن صُنْفَ لا يضم إلى فراء القلنيات⁽²⁾ لبعد اختلافها ولا تُضمَّ فراءٌ معمولَةٌ إلى ما ليس بمعمول كانت شركتهم بميراث أو شراء.

ومن المجموعة قال أشهب : كل ما يصلح من هذا أن يُباع منه اثنان⁽³⁾ بواحد إلى أجل [فلا يُضمُّ مع الصنف الآخر في القَسَمِ لأنهما صنفان وكل ما لا يُباع بالآخر اثنان بواحد إلى أجل]⁽⁴⁾ فهو كصنف واحد ويُجمَعُ في القَسَمِ وليس الخَزُّ كالصوف ولا الكَتَّانُ ولا الصوف كالكتَّان ولا الحرير كالخَزِّ وكل واحد يُقسَمُ على حدة وكذلك ما بان / اختلافه من ثياب الكتان فجاز بيعه متفاضلاً⁶⁸ إلى أجل فليُقسَمَ كل واحد على حدته ولا يُقسَمُ الشَطْوِيُّ مع القَيْسِيِّ ولا مع الزبقة ولا مع الأتربي، والمروزي أراه مثل الشطوي في جودته ولينه وإن كان أصلهما ليس بواحد ولو ترك خَلَّ عنب وخل تمر لقَسِمَ كُلُّ واحد على حَدِّهِ لدخول التفاضل بالقيم إذا جُمِعَا في القَسَمِ، وكذلك الزبيب الأسود والأحمر إلا أن يُقسِمَا ذلك بالسوية بغير سهم. قال سحنون : لا يكون السهم فيما يُكَالُ ويوزَنُ.

قال أشهب في المجموعة : ولا يُجمَعُ في القَسَمِ اللُّؤْلُؤُ مع الياقوت والزبرجد ولا الزبرجد مع الياقوت إلا أن يتراضوا. قال أشهب : ولو لزم جميع ما يقع عليه اسم بَزٍّ في القَسَمِ مع اختلافه لزم مثله فيما يقع عليه اسم دَابَّةٍ فيُقسَمُ الرقيق إذا مع الدواب والخيل مع الحمير والإبل.

قال ابن عبدوس : ومذهب أشهب في هذا أصحُّ عند سحنون. قال ابن حبيب : ولا يجمع إلى سائر الحيوان من دوابٍ أو غيرها وليُقسَمَ على حدة،

(1) في ع، وإن كان منها جيب سنْجَاب.

(2) كتبت في ع وف القلنيات بتقديم النون على اللام ولم يتبين لنا معناها.

(3) في الأصل، أن يباع منه اثنين.

(4) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

وَلِيُجْمَعَ الرقيق كله في القَسَم، الذَّكُورُ والإناث والصِّغار والكبار والأعجمي
والفصيح والحسن والقبيح إذا اعتدلت القيمة، ولا يُجْمَع الخيل مع البغال ولا
البغال مع الحمير ولا الإبل مع البقر ولا البقر مع الغنم وإن اعتدلت القيم، ولكن
يُقَسَّم كلُّ نوع على حدة، أو يقتسمون بالتراضي.

ومن العتية⁽¹⁾ قال يحيى بن يحيى : بلغني أن / ابن الماجشون قال :
لا يُقَسَّم شيء من الحيوان والعروض بالقيمة ولكن يُبَاع ذلك فيُقَسَّم ثمنه، والذي
روى عنه ابن حبيب خلاف هذا وهو ما في أول الباب.

ومن المجموعة قال ابن القاسم وابن وهب قال مالك : كل ما انقسم من
رقيق أو حيوان أو عين أو غيره فإنه يُقَسَّم إذا دعا أحدهما إلى ذلك وشركتهما
بميراث أو شراء.

قال عنه ابن وهب : في الميت يترك عبداً فتريد زوجته أن يقع لها حقها في
كل عبد أو وليدة فإنه يُقَسَّم لها حقها في عبد أو وليدة فإن تم حقها في العبد أو
الوليدة أخذته وإن نقص منه قاومت في العبد أو الوليدة ولم يُجْعَل حقها في ذلك
كله لفساده وضرره والثياب والمتاع تقوّم فتُعْطَى حقها من ذلك.

قال عنه ابن القاسم : في نفر اشتروا السفينة من الرقيق فيطلب بعضهم
القسم ويريد الباقيون البيع. فإن استطيع القسم قسموا وإلا بيع، قيل : إنهم جملة
قال : رُبَّ جملة لا تنقسم خمسة من عشرة. قال محمد بن عبد الحكم : ولا بأس
أن يُقَسَّم الحناء [والكتان]⁽²⁾ والمسك والعنبر وغيره مما يجوز فيه التفاضل على
التحري. وقد قيل : لا يجوز، وإجازته أحب إلي.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 137.

(2) كلمة الكتان ساقطة من ف.

فيما لا ينقسم من الرقيق والمتاع وغيره إلا بضرر

ومن المجموعة قال أشهب : لا تُقسَّم الخشبة بين الرجلين، فإن قيل من الخشب ما يصلح / في القطع⁽¹⁾ فإن الثياب ما يكون قطعه صلاحاً ولا يُكَلَّف⁶⁹ ذلك من أباه وإنما القسّم في غير الرباع والأرض فيما لا يحال عن حال ولا يحدث بالقسّم فيه ما لم يكن فيه من قطع ولا زيادة دراهم. قال : ولا يُقسّم المحمل لأن الفرد لا ينتفع به إلا بالآخر وليقض ثمنه إذا أفرد، ولا يُقسّم فصّ ولا ياقوتة ولا لؤلؤة أو زبرجدة وإن كان فصاً كبيراً إلا بتراضٍ، وكذلك السيف والمصحف فيه الحلية فيريد أحدهما نزعها وقسمته فليس له ذلك إلا أن يجتمعا ولا بأس بقسم الغرارتين⁽²⁾ بين الرجلين إذ لا ضرر في تفريقهما.

وقال ابن حبيب : لا تُقسّم الغرارتان⁽³⁾ وجعلهما كالخرج ولا تُقسّم الخشبة ولا الثوب الواحد.

ومن المجموعة قال ابن وهب عن مالك : في العبد وشبهه بين الرجلين أن من دعا إلى بيعه أجبر عليه من أباه أو يتقاويانه إلا أن يريد من كره البيع أن يأخذ ذلك بما يُعطى به. قال عنه ابن القاسم : فإن أتى أحدهما إلا المقاواة وأراد الآخر البيع قال : فليبيع الآخر معه، وإن أحب أن يأخذه بما أعطى أخذ وإلا باع. وقال غيره : إن قال بعضهم نتزايد عليه وقال بعضهم بل يقومه بيننا أهل المعرفة والعدل ومن دعا إلى المزايدة فذلك له. قال ابن حبيب : إن دعا إلى البيع وطلب الباقيون بقاءه على الشركة حُكِمَ بالبيع لطالبه ولا تلزم المقاواة واحداً منهم، وإن دعا [إليها بعضهم حتى يجتمعوا / على الرضى]⁽⁴⁾ وإن دعا بعضهم إلى البيع وبعضهم إلى المقاواة أُجْبِرَ على البيع من أباه.

(1) في الأصل، ما لا يصلح في القطع بالسقي وذلك سهو من الناسخ.

(2) الغرارة : الجوّال وهو العذل من الصوف.

(3) في الأصل، لا تقسم الغرارتين وذلك خطأ واضح.

(4) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

في قسمة الزرع والثمار والطعام والمصبر، واللبن في الضروع وغير الطعام مما يوزن أو يكال

ومن العتبية⁽¹⁾ والمجموعة قال أشهب عن مالك : لا بأس بقسم جميع الثمار بالخرص من نخل وعنق وتين وغير ذلك إن وجد من يحسن ذلك وطاب وحل بيعه قيل : فما يدعوههم إلى اقتسامه؟ قال : اختلاف حاجتهم من بين آكل رطباً وبائعه أو آكل تمرأً وبائع رطباً.

قال ابن عبدوس : ولا تجوز قسمته إذا أثمر.

ومن الواضحة قال : كل ما لا يجوز فيه التفاضل من الطعام فلا يُقسَم بالتحري لا زرعاً ولا حصيداً ولا ذريعاً ولا مُصبراً ولا زيتوناً يابساً في شجر ولا منشوراً ولا عنباً في كرومه ولا مجموعاً ولا تيناً يابساً ولا رطباً إلا كيلاً أو وزناً فيما يوزن أو عدداً إلا مُدَّخَرَ الثمار إذا بدا صلاحه واختلفت الحاجة فيه فيُقسَم بالخرص، قاله مالك وأصحابه ومطرف وابن الماجشون إلا ابن القاسم فلم يجزه إلا في النخل والعنب.

ومن المجموعة قال ابن الماجشون : أجاز أصحابنا قَسَمَ الثمار التي يستعجلها أهلها بالخرص من التمر والعنب والتي تُخْرَصُ، وكره مالك قَسَمَ الثمار الكثيرة جدا لأنه مما لا تُنَالُ عجلته كله ولا تختلف منه الحاجة إلا في الشيء / الخفيف. 70
قال ابن القاسم وأشهب : ولهما قَسَمَ البلح الكبير على الخرص والتعديل. قال ابن القاسم : إذا أراد أحدهما بيعه والآخر أكله، وأنكره سحنون ولم يره اختلاف حاجة لأن الذي يبيع يجذ، فقد اجتمعوا على الجذ لأن تركه يُبْطِلُ القَسَمَ.

قال أشهب : إذا كان بينهما بُسْرٌ ورُطْبٌ لم يجز أن يقسماها على أن يأخذ أحدهما البسر والآخر الرطب وإن كان بالخرص، ولكن يقسمان الرطب

(1) البيان والتحصيل، 12 : 119.

ويقتسمان البُسْر بالخرص، وكره ابن القاسم قَسَمَ البَقْل قائماً بالخرص. قال ابن عبدوس : لأنه لا يقبض كل واحد ما صار له حتى يَجُزَّهُ فصار طعاماً بطعام غير يد بيد وقد غَلَطَ من تأول عليه أنه لا يميز قَسَمَهُ بالتحري بعد جزه - يريد أو قَبَلَهُ - وليس هذا مذهبه وهو يُجَوِّزُ قِسْمَةَ اللحم والخبز بالتحري فكيف بما يجوز فيه التفاضل، وقد جوز قَسَمَ البلح الصغير في النخل تحرياً. قال ابن حبيب : ويجوز قَسَمُ الكتان قائماً لم يُجَمَّع وخُزماً قد جُمِعَ قبل إدخاله الماء وبعد إخراجهِ وقبل نفضهِ وبعد نفضهِ على التعديل والتحري أو الرضى بالتفاضل.

وذكر ابن سحنون عن أبيه : في قَسَمِ الكتان قبل أن يُعْمَلَ وقد حُصِدَ وفي رؤوسه زريعة [أو غُرِلَتْ منه قال : لا يُقَسَمُ كان في رؤوسه زريعة⁽¹⁾] أو ليس ذلك فيه حتى يُدَقَّ ويُقَسَمَ. قال ابن المواز قال مالك : وإذا قَسِمَ الثَّمَنُ في النخل لاختلاف الحاجة فعلى حَرَزِ الكلِّ على القيم، وإن تفاضل الجنس الواحد في الجودة / قَسِمَ كل شيء على حدة [كما تُقَسَمُ العَجْوَةُ على حدة والصيحاني⁷⁰ على حدة]،⁽²⁾ وإرادة أحدهما البيع والآخر ترك البيع اختلاف حاجة يميز القَسَمَ وإن أحبَّا المفاوأة جاز لهما. ومن طَلَبَ القَسَمَ فذلك له.

ومن كتاب محمد والعتيبة⁽³⁾ والمجموعة : وإذا كان صيحاني وعجوة أو عنب أحمر وأسود فلا بأس أن يُجمعا في القَسَمَ بالخرص على تساوي الكيل فإن لم يطوعا بذلك قَسِمَ كل صنف على حدة.

قال ابن نافع في المجموعة : ولو قَوَّموا ذلك فأخذه أحدهم وأعطى للباقيين ثمناً كان أحسن وإن أبوا إلا ما قال مالك فأرجو أنه خفيف.

قال ابن القاسم : في الغنم بين الرجلين فلا يقسم⁽⁴⁾ لَبَنُها في الضروع إلا أن يتبين تفضيل أحدهما الآخر على المعروف وكان إن هلك غنم أحدهما رجع

(1) ما بين معقوفتين ساقط من ف.

(2) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

(3) البيان والتحصيل، 12 : 119.

(4) في ف، فلا يقسمان.

على الآخر بما في يده فيجوز لأنه على الفضل ولم يجزه أشهب وقال مثله سحنون. قال سحنون : لأنه طعامٌ بطعام غير يد بيد، ولو حلباه قبل التفرق لجاز إذا فضل أحدهما الآخر بأمر بين. وعلة أشهب أنه لبن بلبن متفاضلاً والتأخير وهو لا يُجوزُ قسمته محلوباً تحريماً فإذا فضله فهو أحرم، وأنكر عليه هذه سحنون وقال : قد أجاز في الصبر أن يأخذ أحدهما أقل من نصفها بأمر بينٍ ويُسلم للآخر باقيا لأنه من المعروف. قال ابن عبدوس : فهذا يُردُّ قوله في تفاضل اللبن معروفاً.

قال ابن القاسم : في قوم بينهم نخل أو شجر فيها نوى على أن يأخذ هؤلاء / 71
نخلًا يأكلون ثمرها ويأخذ الآخرون مثل ذلك بغير قسمة فلا يجوز وكذلك في لبن غنم بينهم لأنه قسُمَ لبن بغير كيل وقسمة ثمر قبل بُدُو صلاحها وقد قال في الغنم ما ذكرنا.

ومن كتاب ابن المواز : وكل ما يُكَال من طعام أو غيره فلا يُقسَم تحريماً وما لا يُمكن فيه إلا الوزن فيجوز قسمه تحريماً وبيع بعضه ببيع تحريماً مثل اللحم والخبز والحيتان.

قال عيسى عن ابن القاسم في العتبية⁽¹⁾ : وذلك في الشيء القليل. وقال مثله ابن حبيب وذكر البيض في ذلك قال : والفرق بين ما لا يمكن فيه إلا الوزن وبين المكيل أن المكيل لا يُفقد ولو بالأكف وهذا فيما لا يجوز فيه التفاضل، وأما ما يجوز التفاضل فيه من الطعام والثمار أو من العروض مثل الحناء والقطن والمِسْك والزعفران والحديد والرصاص وغيره فلا بأس باقتسامه تحريماً على التعديل والتفضيل، ولا يجوز على الشك في تعديله كالتبادل فيه تبعاً، وقاله مطرف وابن الماجشون ورووه عن مالك وقاله أصبغ : وبه أقول وقاله أشهب في المجموعة : في الحناء والمِسك وغيره مما يجوز فيه التفاضل مما يكال أو يوزن أنه يُقسَم بالتحري [لأن المتقى في ذلك في الطعام التفاضل]⁽²⁾. وروى ابن المواز وابن عبدوس عن ابن

(1) البيان والتحصيل، 7 : 449.

(2) ما بين معقوفين ساقط من الأصل مثبت من ع وف.

ابن القاسم أنه لا يجوز قَسْمُ الحناء والكتم والتين والنوى والكتان والمسك إلا / 71 ط
كَيْلاً فيما يُكَالُ ووزناً فيما يوزن إلا أن يقتسماه على معرفة التفاضل البين
فيجوز، قال ابن عبدوس : وقول ابن القاسم أشبه⁽¹⁾ بالأصل وهو أحب إلي .

ومن المجموعة ذكر قول ابن القاسم : إذا قسما بلحاً صغيراً فجذّ واحد
حصته وترك الآخر حتى كبر البلح أنه إن كان قسماه على غير تفاضل وكان إذا
كَبُرَ لا يتفاضل فذلك جائز. قال أشهب : إذا اقتسماه صغيراً أو كبيراً فلا خير
في أن يتركا حتى يزيد زيادة بينة أو يصير الصغير كبيراً فيُنْقَضُ الْقَسْمُ بذلك،
قالا : وإن تركه الآخر حتى أزهى أن من جذّ يردّ قيمة ما جذّ. قال أشهب :
قيمتُه يوم جذه ليس على الرجاء والخوف قالا : ثم يقتسمان ذلك مع ما أزهاه.
قال ابن عبدوس قال ابن الماجشون : وإذا اشتريا ثمرة ثم قسماهما معلقة ثم احتجّ
أحدهما فلا يرجع بشيء على شريكه وليرجع على البائع.

ومن كتاب ابن سحنون : كتب سليمان إلى سحنون : هل يُقَسَّمُ الكتان
قبل أن يُعْمَلَ وقد حُصِدَ في رؤوسه زريعة أو عزلوا منه الزريعة وأرادوا قسمه قبل أن
ينقع وقبل أن يُدَقَّ فيصير مما يوزن ؟

فكتب إليه : لا يعتدل قَسْمُهُ لنا وزريعته في رؤوسه أو ليست فيه حتى
يُدَقَّ فيقسم ؟

في اقتسام الطعامين المختلفين أو طعام مع غيره وقسمة ما يوزن بالكيل أو يكال بالوزن

/ من كتاب محمد ابن المواز : وإذا كان بينهما صُبْرَةٌ⁽²⁾ قمح وصبرة شعير 72 ر
والقمح أكثرهما بأمر بين فأخذ أحدهما القمح والآخر الشعير لم يجز، وقاله ابن
القاسم وأشهب في المجموعة.

(1) كتبت في النسخ كلها أسعد، ولعل الصواب ما أثبتاه.

(2) الصُبْرَةُ الكَمِيَّةُ من الحبوب التي تباع معاينة وتقديراً بلا وزن ولا كيل.

ومن الكتابين قال ابن القاسم : وإن ترك أحدهما نصيبه من صُبْرة القمح واقتسما صبرة الشعير جزافاً لم يجز، ويجوز كيلاً وكأنه في الجُزَافِ خاطره فيها بما ترك له في القمح.

قال أشهب : وإن قال له : تُحْذُ هذا الشعير ونصف القمح أو ثلثي القمح جاز، وفي الصبرة بينهما إن قال له : تُحْذُ ثلاثة أرباعها فجائز. قال هو وابن القاسم : أو على أن يأخذ أحدهما منها كذا وكذا ويترك باقيها للآخر فإن كان لا يشك أن ما أخذ أقل من حقه قال أشهب : أو أكثر لا شك فجائز، وقاله ابن حبيب.

ومن المجموعة قال أشهب : في الدنانير والدرهم والفلوس لا تُقَسَّمُ ولا يشتري به كيلاً وهو في الفلوس أخف منه في البيع، ولا تُقَسَّمُ الفلوس موازنة.

قال ابن الماجشون : في قسم الرطب والتين والعنب أنه يُقَسَّمُ على الأكثر من شأنه في البلد من وزن أو كَيْل وكذلك بيع بعضه ببعض مما لا يصلح فيه التفاضل.

قال محمد بن عبد الحكم : ولا بأس أن يقسم القاضي الزيت كيلاً أو وزناً أي ذلك شاء فعل.

في قَسْمِ الشجر لثمرها والخَلِيّ بما فيه وفي سَقْيِ الأصول

72 ط / ومن المجموعة قال ابن القاسم : وإذا اقتسما الأصول وفيها ثمرة قد أزهت فلا يقتسما الثمرة معها ثم إن قسموها كان على كل واحد سَقْيُ نخله وإن كان ثمرتها لغيره كبائع ثمر نخله، وأنكر هذا سحنون وقال : القَسْمُ تمييز حق والسقي على من له الثمرة كمن أوصى بالأصل لرجل وهي مُزْهِيَّةٌ أو مأبورة فالسقي على ورثة الموصي بخلاف البيع، ولو كان حكم القسم ها هنا كالبيع لم يكن عليه أن يسقي من الثمر إلا نصف ما في نخله ونصف ما في نخل صاحبه، ولأن الثمرة قد تختلف في الخرص فيكون ثمر عشر نخلات خرص نخلة واحدة فيختلف السقي والخرص سواء وفرَّق آخر أنه لا جائحة في القَسْمِ وهي في البيع.

قال ابن القاسم وأشهب : وإن كانت التمرة بلحاً أو طلعاً فأراد قِسْمَتَهَا مع النخل فلا يفعل إلا أن يَجُذَّاه.

قال أشهب : أو يُقَسَّم ذلك مع النخل على الجذ فيجوز ما لم يبلغ أن يكون طعاماً أو يبلغ أن يكون بلحاً قد اَحْلَوَّى فلا يجوز لامتناع التفاضل فيه. قال ابن القاسم : تُقَسَّم الرُّقَابُ وَيُتْرَكُ البَلْحُ وَالطَّلْعُ، وأنكر سحنون ذكره للطلع وقال : إذا لم يُؤَثِّرْ لم يُجْز قِسْمَتُهَا. قال ابن حبيب : لا تجوز قسمة الحُلِيِّ إِلَّا وزناً حُلِيّاً مُرْكَباً فيه الجواهر مرصعاً منظوماً فلا بأس بقسمته إذا عُدِّلَ بالقيمة وكان ما فيه من الذهب والوَرِقِ تبع لما فيه من جوهر / ولَوْلُو فيعتدل بالقيمة⁷³ ويُقَسَّم بالسهم أو يُقَسَّم على المراضاة على التعديل كالنتاج والسواجر⁽¹⁾ والخواتم والأحلة⁽²⁾ وشبهه مما لا ينزع فيه إلا بنقضه، وأما إن كان ذهبه [أكثر من الثلث أو كان جوهره نَظْماً فلا يجوز قسمه بالقيمة، وإن كان ذهبه]⁽³⁾ تبعاً حتى يميز فيُقَسَّم ذَهَبُهُ وزناً وجوهره بالقيمة.

في التهايي⁽⁴⁾ في قسم الغلات والسكنى والخدمة وقسمة الدين

من المجموعة قال ابن القاسم عن مالك : في عبد بين رجلين فيقول أحدهما للآخر دعني أكرهه هذا الشهر وأخذ كراهه وتكرهه أنت في الشهر الآخر فلا يعجبني وسهله في الخدمة.

(1) في ف والسواجر.

(2) في ف والأكاليل.

(3) ما بين معقوفتين ساقط من ف.

(4) التهايي مخففة من التهايو وهو اصطلاح فقهي يراد به التوافق بين جماعة على كيفية استغلال شيء يملكونه جميعاً كأن تكون الدار بين شخصين فيقع الاتفاق على أن يسكنها هذا مدة وهذا مدة أو تكون بينهما أرض فيقع الاتفاق على أن يزرع هذا ناحية وهذا ناحية ويقال لهذه الموافقة أيضاً المهاداة بتحقيق الهمزة والمهاداة بتخفيفها من هادياته وهاديته وقد سبق التعريف بذلك في مكان آخر من هذا الكتاب.

ومن كتاب محمد قال مالك : في الدَّابَّة بينهما لم يجز أن يقول ما كسبت اليوم فلي وما كسبت غداً فلك وكذلك العبد. وإن قال اخْتَدِمَهُ أَنْتَ اليوم وأنا غداً كان جائزاً وكذلك أنا شهراً وأنت شهراً. قال محمد : إنما يجوز في الخدمة مثل خمسة أيام فأقل ولا يجوز في الكسب ولا يوم واحد. وقد سهل مالك في اليوم الواحد وكرهه في أكثر منه وأجازه في الخدمة.

قال ابن عبدوس قال ابن القاسم : وإن تهايا في دور أو أرض على أن يسكن كل واحد أو يزرع ناحية فذلك جائز في السكنى والزراعة ولا يجوز في الغلة والكراء قال : ولا يجوز ذلك في خدمة العبيد إلا في أجل قريب كالشهر وأكثر منه وما أشبهه، ولا يجوز / فيما بعد، وأما الدور والأرضون وما هو مأمون فيجوز التهايي فيه السنين المعلومه والأجل البعيد ككرائها، وليس لأحدهما فسخه بعد ذلك. قال ابن حبيب : وتجزؤ قسمة الدَّين إذا كان على رجل واحد كان الغريم حاضراً أو غائباً.

في الشركاء يريد أحدهم القسم هل يبعث القاضي في ذلك ؟ وكيف إن كان فيهم غائب أو صغير ؟

من كتاب ابن سحنون قال : وإذا سأل الورثة القاضي أن يقسم بينهم ربعاً ورثوه فلا يأمر بذلك حتى يثبت عنده بينة بملئهم لذلك أو ميراثهم إياه، وإن كان منهم غائب وكل له من يأخذ له حقه. وذكر ابن حبيب مثله. وقال سحنون وابن حبيب نحوه : أن القاضي لا يأمر بقسم ذلك حتى يثبت عنده أن ذلك ملئك لوليهم ملك عنه أو كان ساكناً كما يسكن في ملكه حتى هلك عنده وثبت عنده عدد ورثته، وإن كانت قرية فحتى يأتوه ببينة تثبت حدودها وتسميتها ومساحتها وأنهم يعرفون ذلك ملكاً للهلك أو في يديه وحوزه حتى هلك، وليوكّل للصغير منهم أو للغائب من يقوم مقامه وإذا كانوا كلهم أكابر حضوراً فليس عليه أن يبعث لذلك قاسماً وليأخذوا هؤلاء لا بقسمهم قاسماً إلا أن يدعو إليه بعضهم

ويأباه بعضهم فيقضي بالقسّم ويأمر به أو يكون فيهم صغير أو غائب. قال ابن حبيب : وهو / كله منهاج مالك.

74 و

قال أشهب في المجموعة : وإن كان أحدهم غائباً فاققسموا بغير أمر السلطان ولم يقسموا للغائب على أن حظه مفترق عندهم لم يجز ذلك إذ له إذا جاء جمع حقه.

قال ابن القاسم عن مالك : ولا يقسم الوصي للكبير الغائب وليرفع ذلك إلى السلطان ليلي ذلك للغائب. قال أشهب : يتخذ لمصائبته وكليلاً يقوم له فيه وإن لم يجد ذلك إلا بأجرة، وكذلك من مات عن أطفال ولا وصي لهم فإن لم يجد أن يتخذ لهم وصياً إلا بجعل اتخذه لهم، وإن كان للأصغر وصي ورأى الإمام أن يوليّه ما كان للكبير الغائب فذلك جائز. قال ابن القاسم وأشهب : وإن قاسم الوصي للغائب بغير أمر السلطان لم يجز عليه، قال أشهب : وهو بالخيار إذا قدم في إجازة ذلك أو رده، فإن أجازه فقال الوصي لا أرضى فليس ذلك له، وقد أخطأ الوصي فيما فعل من القسم وهذا في الرباع والعروض والحيوان والثياب وكل ما يعرف بعينه⁽¹⁾.

قال ابن القاسم عن مالك : وإن كان الورثة صغاراً كلهم فلا يُقسّم بينهم ما لهم إلا بالسلطان إن رآه خيراً لهم.

قال أشهب : إذا لم يدخل به الوصي عليهم مرفقاً فلا أحب أن يقسمه فإن فعل رأيتُه ماضياً وإن لم يكن بأمر سلطان، وإن كان لبعضهم فيه مرفق أو لجميعهم مثل أن يكون أعمر لبعضهم أو منهم من بلغ أن يحوط ماشيته فيقسم لهم إذا خاف أن يتواكلوا أو يكون منه صغير يريد / أن يتجر بماله له أو يضارب به لضعفه عنه وما هلك لأحدهم فهو منه وليس شيء من ذلك أحب إلى أن يطالع فيه الإمام مثل الرباع ولأنه لا يبيع الوصي الرباع إلا بأمر الإمام.

74 ظ

(1) في الأصل وكل ما يعتمد بقيته وفي ف وكل ما يعتمد بيعه وما رجحناه مأخوذ من ع لوضوحه وانسجامه مع الموضوع.

وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون : أن مالكا وغيره أجازوا في الأصاغر لا أباهم ولا وصيهم ولم أمّ أو أخ رشيد أو غيره من احتسب فهم من الأجنيين فقام بولايتهم وكنفهم بغير تولية سلطان أنه يجوز له فيهم وعليهم ما يجوز للوصي على من أوصى بهم إليه من مقاسمة أو بيع أو ابتاع أو صلح أو تزويج أو تزكية مال أو تضمينه أو حيازة صدقة منه أو من غيره بمنزلة الوصي في جميع ذلك، وقال به أصبغ وقاله ابن القاسم : فيمن يلي اللقيط وكذلك من ولي يتيما فاكتنفه لقراءة أو لحسبة فهو له كالوصي.

قال ابن القاسم عن مالك : إن صاحب الشرط إن كان عدلاً فمقاسمته على الصغار جائزة. وفيما ذكر ابن حبيب من هذا ما المعروف خلافه.

في التداعي في القسم وفي الغلط فيه وكيف إن وجد أحدهم في حظه ماجلاً أو بئراً أو عمداً عافية أو كنزاً أو ظهر في القسم غلط

من العتبية⁽¹⁾ ابن القاسم عن مالك : في الشريكين في الدار يدعي أحدهما أن شريكه قاسمه والآخر ينكر ؟ قال : على مدعي القسم البينة. قال ابن حبيب : وإن قسما على مراضاة أو تساهم / ثم اختلفا في بيت فادعاه كلاهما أو في حد من حدودها فإن لم تقم بينة تحالفا فإن نكلا أو حلفا تفاسخا، وإن نكل واحد فالقول قول الحالف. قال ابن عبدوس عن ابن القاسم : فإن قسما عشرة أثواب فأخذ أحدهما أربعة والآخر ستة ثم ادعى أخذ الأربعة أن ثوباً من الستة له وكذبه الآخر فالقول قول الحائز مع يمينه إذا أشبه، وقال أشهب : يتحالفاً ويتفاسخا. قال ابن عبدوس : يقتسمان هذا الثوب المختلف فيه بينهما نصفين بعد أيمانهما، [واختار سحنون قول ابن القاسم]⁽²⁾.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 111.

(2) ما بين معقوفتين ساقط من ع.

ومن العتية⁽¹⁾ من سماع عيسى عن ابن القاسم : وإذا قسم ورثة منزلاً فغاب بعضهم وعمر الباقون ثم قدم الغائب بعد مدة فاشتبهت عليهم حقوقهم وقال الحاضرون لا نعرف سهامهم [فليحلف الحاضرون أن الذين عمروا سهامهم]⁽²⁾ ولا شيء لهم ويعيد الذين اشتبهت عليهم سهامهم القسمة بينهم قال : وإذا كان حظ أحدهم في يد أخيه عشرين سنة ونحوها فمات صاحب السهم فقام فيه بنوه أو قام هو والمنزل يُعرف أنه من تركه أبيهم قال : إن ادعى اشتراء أو صدقة فذلك له أقام بيئة أو لم يُقم لأن في عشرين سنة ما يبيد الشهود، وإن لم يدع شراء ولا صدقة إلا قوله هو بيدي فلا ينتفع بذلك ولو قال ورثته : لا ندرى بماذا هو في يديه فلا شيء عليهم إلا أن يأتي المدعون بأمر يتبين به حقوقهم.

ومن كتاب ابن حبيب : وإذا ادعى / أحدهم الغلط بعد القسم فإن قسموا بالتراضي بلا سهم وهم جائزو الأمور فلا يُنظر إلى دعوى ذلك وإن كان الغلط بيئة أو غير ذلك من الأمور الظاهرة لأنه كبيع التساوم يلزمه فيه التغابن، وإن قسموا بالسهم على تعديل القيمة فلا يُقبل قوله إلا بيئة أو يتفاحش فيه الغلط فترد القسمة كبيع المراجعة وتعاد القسمة ولا تُعدل على أن يبقوا على سهامهم ولكن يُقسم ثانية ولو لم يكن الغلط إلا في نصيب واحد وقع عنده زيادة لفسخ القسم، فإن فات نصيبه بالبناء فيرجع عليه من بعض سهمه بقيمة ذلك مالا، ولو فات بيع فإن لم يكن المبتاع بنى أيضاً نقض بيعه وردت القسمة، فإن بنى المبتاع رجع الناقض سهمه على البائع بقيمة ذلك مالا فإن لم يجد عنده شيئاً رجع به على المشتري مالا أيضاً ورجع به المشتري على البائع في ذمته، وإن بنى الذي لم تقع الزيادة في سهمه ولم يبن الذي عنده الزيادة انتقض القسم فيما لم يُبن من السهام وفي السهم الذي فيه الزيادة، وما فات بالبناء مما لم يقع فيه الغلط ماضياً لصاحبه، هكذا فسر لي مطرف وابن الماجشون وأصبع.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 130.

(2) ما بين معرفتين ساقط من ع.

ومن العتبية⁽¹⁾ من سماع يحيى عن ابن القاسم : وعن المقتسمين يجد أحدهما في نصيبه جُباً أو بئراً⁽²⁾ قال : للآخر فيه حظّه ويعاوده القسّم إن لم يفت ، فإن فات ببناء فله قيمة نصف ذلك كبيوت وجدها أسفل بيوت / لم يعلم بها. 76ر

وقال سحنون : إذا وجد أحدهم في نصيبه بئراً عادية فهي له دون الآخر. وقال مثله ابن حبيب وقال : وكذلك إن وجد عُمداً أو صخراً ، وكذلك المشتري يجد مثل ذلك أو الشريك ، وقاله أصبغ. وفيما كتب سحنون إلى شجرة : إن كل ما وجد أحدهم من القديم ليس من تركة الميت من ماجل أو بئر مطوية أو عُمد من آبار الأولين فهو لمن وجده وليس للآخرين عليه شيء وكذلك ما يجده المبتاع ، وأما ما وُجد من كنز ذهب أو فضة أو متاع أو نحاس من آثار الأولين فله حُكم الكنز إن كانت من أرض العرب فهو لمن وجده وإن كانت غنوة فهو إن افتتحها وهم لا يعرفون فيكون لمساكين أهل تلك البلدة وإن كانت صلحاً فهو للذين صالحوا عليها. وقال ابن نافع : الكنز كله لمن وجده.

ومن العتبية⁽³⁾ من سماع أشهب : وعن قوم ورثوا أرضاً عفاء لا ماء فيها فاقسموها وباع كل واحد نصيبه وأقام المشترون نحو أربعين سنة كذلك وقد اغتسروا ومنهم من اشترى ماءً فساقه ومنهم من اكتره ثم باع أحدهم فقال المشتري لمن يمر عليه بمائه لا أدعك تمر به عليّ ، وقال الذي يمر به هذا الماء لم يزل هكذا الماء منذ أربعين سنة قال مالك : فليدعهم⁽⁴⁾ القاضي بأصل القسم فإن أتوا به عمل عليه وإن لم يكن إلا ما هم عليه أقروا على ذلك ، ولم يكن له أن يمنعه ، رأيك البائع لو خالفهم الآن ؟ ما أرى أمثل من أن يقرؤا / على ما هم عليه إذا لم يكن قسّم يُعرف.

76ظ

(1) لم يتيسر ربط النص بأصله.

(2) هذه الكلمة كتبت في الأصل وع على شكل (لنا) وآثرنا كتابتها على ما هي عليه في ف.

(3) لم يتيسر ربط النص بأصله.

(4) في الأصل فليدعهم القاضي وذلك سهو من الناسخ.

فيما يُسْتَحَقُّ بعد الْقَسَمِ أو يظهر به عَيْبٌ

من العتبية⁽¹⁾ والمجموعة روى أشهب عن مالك : في ثلاثة إخوة ورثوا ثلاثة أَعْبُدَ فاقسموهم فأخذ كل واحد عبداً فمات عبد أحدهم واعترف عبد الآخر فمن مات بيده العبد فلا يرجع بشيء ولا يُرْجَعُ عليه بشيء ويرجع الذي استحق في يديه العبد. على أخيه الذي بقي عبده فيكون له ثلثه وللذي هو بيده ثلثاه، ولو مات أيضاً هذا العبد لم يرجع على من كان بيده بشيء، قال أشهب في المجموعة : ولو كانت القسمة كالبيع لم يرجع من يستحق من يَدَيْهِ على من مات بيده بثلث قيمته ولكن ليس كالبيع.

قال سحنون عن ابن القاسم في المجموعة والعتبية⁽²⁾ : فإن كان العبد المستحق رجوع فيه بثلثين على بائعه لما استحقَّ قال : ثلثا ذلك الثمن وثلث العبد الباقي للمستحقَّ منه وثلث الثمن وثلثا العبد الباقي للذي العبد في يديه. وقاله سحنون.

قال ابن عبدوس : تفسير هذا عندي على مذهب ابن القاسم فيما أوجب من الضمان بالقسمة إنما ذلك إذا كان ما رجعوا به من الثمن على بائع العبد مثل قيمة العبد المستحق يوم اقتسموا، فإن كان أكثر مما زاد على ذلك رجوع فيه الذي مات عبده في يديه بثلثه وأما مقداره من الثمن فلا حجة له فيه لأن مصيبتَه منه / 77 ولو لم يمتْ منهم أحد حتى استحقَّ أحدهم فالمستحقُّ محيّر في أن يبيز البيع ويرجع بالثمن على البائع وتمضي القسمة، وإن شاء أخذ عبده ورجع الإخوة بالثمن فقسموه بينهم أثلاثاً ورجع المستحقُّ منه العبد على إخوته فكان شريكاً لهم بثلث كل عبد وليس له أن يأخذ الثمن ويسلّم لهما العبدان ولا لهما ذلك إن طلباه.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 125.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 84.

وهذا على مذهب ابن القاسم الذي يُضَمَّنُ بالقَسْمِ من مات عبده في يديه وأما من لا يُضَمُّهُ فقد مات العبد وثلثه للمستحقِّ منه العبدُ الآخرُ فعنه ضمانه وثلاثه من الذي مات العبد في يديه ثلث هو له وثلث عاوض به الذي بقي العبد في يديه، لأنَّ القسمة بين هذين قد تمتَّ وبينه وبين المستحقِّ منه قد انتقضتْ فيكون الثمن بينهم أثلاثاً وللمستحقِّ منه ثلثُ العبد الباقي هذا على هذا الأصل، ابن القاسم : وإذا اقتسم رجلان عبيدين فأخذ كل واحد عبداً ثم استحقَّ عبدٌ أحدهما أنه كالبيع فليرجع [بنصف العبد الآخر فإن تغير في سوق أو بدن أو بيع رجع] ⁽¹⁾ بنصف قيمته وكذلك ما يفوت بهدم أو بناء.

قال سحنون : فأوجب على كل واحد ضمان ما بيده، وهذا خلاف أصل مالك في الأعبد الثلاثة، والقَسْمُ بخلاف البيع، ألا ترى أنه لو طرأ دَيْنٌ لم يضمن من مات عبده في يديه.

قال ابن عبدوس : أرأيت لما استحقَّ عبد هذا فأوجبت له أن يرجع على الذي مات العبد في يديه ثم طرأ دَيْنٌ ما أنت صانع ؟ فإن أمرت أخذ / نصف ^{ط 77} القيمة أن يُعْطِيَهُ في الدَّيْنِ فقد ضمنت من مات عبداً في يديه لرب الدَّيْنِ وأصلك أن لا يُضَمَّنَ من مات بيده لأهل الدَّيْنِ وإن لم يرجع ربُّ الدَّيْنِ على أخذ نصف القيمة كنت قد ورثت مع قيام الدَّيْنِ [أرأيت لو أدركه من الدَّيْنِ دينارٌ وقيمة العبد مائة ؟ فإن أرجعت طالب الدَّيْنِ على الذي رجع على أخيه فقد ضمنت من مات بيده لرب الدَّيْنِ وإن لم ترجعه كنت قد ورثت مع قيام الدَّيْنِ] ⁽²⁾ وإن أسقطت بلحق هذا الدَّيْنِ الرجوع للأخ على أخيه بشيء فهو أشنع في القول، ولو كان القَسْمُ بيعاً لكان لمستحقِّ العبد أن يبيز البيع في نصفه ويأخذ نصف الآخر [وإن وجد عبده قد مات كان له أخذ نصف الآخر] ⁽³⁾ لأنه ثمن نصف عبده، وكله قول أشهب وسحنون ثم اختلفا فيما أحدث أحدهما بفعله هل هو

(1) ما بين معقوفين ساقط من الأصل مثبت من ع وف.

(2) ما بين معقوفين ساقط من ع.

(3) ما بين معقوفين ساقط من الأصل مثبت من ع وف.

فوت؟ فقال أشهب : إذا استُحِقَّ عبدٌ أحدهما رجع على شريكه فيما أخذ ولا يفيت ذلك حوالة سوق أو بدن وأما إن باع أو دَبَّرَ أو كاتب أو بنى أو هدم أو حبس فذلك فوت يوجب عليه القيمة يوم القَسَمِ.

قال ابن عبدوس : ويدخل في هذا على أشهب ما ذكرنا في القَوْتِ (1) يقال له : فلو ذهبَ يده بعد القسم ثم أعتقه فأوجبَتْ عليه قيمته صحيحاً يوم القسم وهو مائة وقيمته يوم العتق خمسون فأغرمتُه مائة فقد ضَمَّنَتْه ما لم يكن له في تلفه فعَلْ فَإِنْ قال ضَمَّنَتْه يوم القسم لأن التسليط بالقسم وقع / قيل : فقد كان 78 التسليط موجوداً والضمان مرتفعاً فإنما وقع الضمان بالعتق، فأما سحنون فإنما يُضَمَّنُهُ قيمَتَه يوم العتق.

قال سحنون : فإن باع أحدهما عبده واستحق عبد الآخر كان الثمن بينهما ولو كانت أُمّة فاتخذها أم ولد فإنما يَضَمَّنُهُ قيمَتُها يوم حملت، وعند أشهب : قيمَتُها يوم قاسم، وأما إن وهب أو حَبَس فعلى أصل سحنون تجوز الهبة في نصيبه لا في نصيب شريكه ويأخذ شريكه نصيبه من الموهوب، وإن كان مما يُقَسَّم قاسمه، وفي قول أشهب : يضمن لأخيه نصف قيمته يوم قاسم، وإن أُعْتِقَ، فقال أشهب أيضاً : نصف قيمته يوم قاسم، وعلى أصل سحنون يعتق نصيبه ويقوِّم عليه نصيب شريكه بقيمته يوم التقويم إن كان ملياً وأما إن كان ما بينا فينا(2) فقال ابن القاسم وأشهب وابن كنانة : يضمن نصف قيمة ما قبض.

قال سحنون : ليس هذا أصل القسم وينبغي على أصل القَسَمِ إن شاركه في قاعة ما بناه ثم يتعاملان في البناء على حديث حميد بن قيس في الإستحقاق. قال سحنون : والهدم في القَسَمِ ليس بفوت. وقد قال ابن القاسم : في الموصى له بالثلث يأخذ ثلثَ دور الميت مُقَاسَمَةً ثم استُحِقَّ ما بيده فرجع على الورثة وقد هدموا أن له ثلثَ ذلك مهدوماً فهذا هو أصلٌ جيّدٌ قيل له فلو قسما خشباً

(1) في الأصل، في القوت وما أثبتناه مأخوذ من ع وف.

(2) كذا في النسخ كلها ولم يتبين لنا المقصود من ذلك.

فعمل أحدهما باباً بنصيبه قال : قد قال مالكٌ فيمن ابتاع غزلاً فنسجه ثم فلس أن التَّنَجَّ ليس بفوت. وبلغني عن سحنون أن / الطحين ليس بفوت في القَسْم فكذلك ينبغي في الخشب وقال : إذا اعتلَّ العبد ثم استحقَّ عبد الآخر أنه يرجع في العبد الآخر وفي غلته ؟ فقلت مثل المطلقة قبل البناء تقتل عبداً أصدقها فسكت وقال بعد ذلك : قد اختلفوا فيه.

قال ابن عبدوس : فأما غلَّةُ العبد المستحقِّ فإن كان بيد أيهما بغصب أو بهبة غاصب فعليه للمستحقِّ وإن كان بشراء فالمستحقُّ من يده مخيرٌ إن شاء تماسك بما بيده من الغلة ولم يرجع على أخيه بشيء ولا رجع عليه أخوه بشيء، وإن شاء ردَّ الغلة فكانت مع العبد الباقي وعليه الباقي بينهما نصفين.

ومن الواضحة : وإذا اقتسم الشريكان داراً وأرضاً أو غيرها فاستحقَّ بعض ما بيد أحدهما فإن كان أقلُّ ما بيده رجع بقيمة ما قابله مما بيد الآخر كان قائماً أو فائتاً، وإن كان وجه ما بيده في فضله أو كثرت أنفسخت القسمة في النصيبين وعادا في الجميع شريكين إلا أن يفوت ما بيد صاحبه يبيع أو بناء أو هدم أو صدقة أو إصداق فيرجع عليه بنصف قيمة ذلك ويكون ما بقي من النصيب المستحق بعضه إن لم يَفُتْ بينهما فإن فات اقتسما قيمته بينهما، وإن اقتسما عبدان فاستحقَّ نصف أحدهما فليرجع ما استحقَّ من يده على شريكه برع قيمة العبد الآخر.

من العتية⁽¹⁾ من سماع عيسى عن ابن القاسم : في شريكين اقتسما عشرة أرؤس فأخذ كل واحد خمسة وأعطى أحدهما للآخر ديناراً ونصفاً فضله به - يريد / بلا سهم - فوجد صاحب الذي أخذ الدينار ونصفاً عيباً برأس واحد فإن لم يفت رقيق الآخر نظر ما المعيبُ مما بيد هذا من العبيد فإن كان سُدْسُهُم كان المعيب بينهما نصفين وسُدُسُ الدينار ونصف بينهما نصفين ويرجع على شريكه بنصف سدس ما بيده يكون به شريكاً له، فإن فات ما بيد شريكه رجع

(1) البيان والتحصيل، 12 : 126.

عليه بنصف قيمة سُذْسِهِمْ وقاصَّه في ذلك بنصف سُذْسِ الدِّينَارِ ونصف ويبقى المعيب بينهما، وإن كان المعيب وجه الخمسة أُرُوس وفيه يرجأ الفضل انتقضت القسمة كلها وأعادوا الْقَسْمَ إن لم يفت نصيب الآخر وإن فاتوا في سوق أو بدن كان عليه قيمتهم يوم القسم.

وقال يحيى بن يحيى : أخبرني من أَرْضَى أن ابن الماجشون قال : إن اقتسموا دوراً وأرضاً - يريد بالسهم - ثم اسْتَحَقَّ بعض ما في أيديهم أو وجدوا ببعضه عيباً فإن الْقَسْمَ يُعَادُ بينهم، وإن كان قسموا على المراضاة فإنما هو عيب دخل عليه يُنْظَرُ فيه بما يُنْظَرُ في الشراء لأن قسمة التراضي كالبيع. قال ابن حبيب : وإذا وجد أحدهم عيباً بعد القسم فإن كان المعيب ليس وجه نصيبه مضى القسم وإن لم يفت ما بأيديهم ويكون المعيب بينهما ويرد الآخر ما قابل ذلك بالقيمة فيكون أيضاً بينهما. وإن كان المعيب وجه نصيبه انفسخت القسمة في النصيبين واستأنفا الْقَسْمَ إلا أن يفوت ما بيد الآخر فيرد قيمته فيكون مع المعيب بينهما. وإن فات بعضه ردَّ قيمة ما فات / فكان ذلك مع ما لم يفت بينهما وكذلك 79 ط بعض النصيب الذي وجد فيه العيب ردَّ قيمة نصف ما فات منه لصاحبه، واختلاف الأسواق عند مالك في ذلك فوت في جميع الأشياء إلا في الدور والأرضين.

قول ابن حبيب في فوت المعيب باختلاف الأسواق ليس بقول مالك وإنما هو فوت في عَوْضِهِ والعَوْضُ في الْقَسْمِ أقامه ابن حبيب مقام البيوع وقد اختلف فيه.

ومن كتاب ابن عبدوس قال ابن القاسم : في رجلين اقتسما داراً فبنى أحدهما حصته ثم اطلع على عيب أن البناء فوت قال سحنون : لم يحمله محمل البيع ولا محمل القسم كأنه يقول ليس البناء فوتاً إذا اطلع على عيب ولكن يكون شريكاً بالبناء وتكون الدار بينهما وهو يقول إن صبغ المبتاع الثوب ثم ظهر له عيب فله ردُّه ويكون شريكاً بالصبغ - يريد إن زاده.

قال ابن القاسم : وإن قسما حنطة ثم اطلع على عيب فليُرَدَّ قيمتها. وقال أشهب : يرد مثلها ثم يقتسمان ذلك وحصه الآخر نصفين. وبلغني أن سحنوناً قال : يكون شريكاً بقيمة الطحين في الدقيق ويكون ما بقي وحصه الآخر بينهما.

في الدَّين يطرأ على الميت بعد القَسْمِ أو موصى له يأتي بعد القَسْمِ

من المجموعة قال سحنون : في الورثة يقتسمون ثم يطرأ على الميت دَيْنٌ علموا أنه حين القسم أو جهلوه، فقال ابن القاسم وأشهب : يقال لهم اتفقوا على قضاء الدَّين وأقروا القسمة، فإن أبوا / أو أتى أحدٌ منهم رَدُّ القَسْمِ وبيع من التركة بقدر الدَّين وقَسِمَ ما بقي. قال سحنون : لا تنتقض القسمة بلحوق الدَّين. قال ابن عبدوس : ولا أحفظ عنه أكثر من هذا، وسمعتُ عنه تفسيراً في مسألتها في إقرار أحدهما بدَّين أنه يحلف معه الطالب إن كان عدلاً ويثبت الدَّين فإن أتى المقر أن يُخْرِجَ ما نابه من الدَّين قيل لغيره أخرجوا ما نابكم منه ثم يباع على المقر نصيبه مما ينوبه من الدين.

قال سحنون : إذا ثبت الدَّين ييمين الطالب معه أو بينة غيره لم يطل القسم وهو تمييز حق ليس ببيع فالدين شائع في جميع ما بأيديهم مدخلاً واحداً بقدر حصته من الميراث، فإن كان الدَّينُ يغترق نصف التركة بيع من نصيب كل واحد نصف حقه للدَّين ويتمُّ القَسْمُ فيما بقي كاستحقاق نصف أنصبتهم ولا يُقْضَى الدَّينُ على قدر سهام الموارث بل على قدر قيمة ما بيد كل واحد يوم البيع للدَّين، فما وقع من الدَّين على كل واحد يتوظف على قيمة ما بأيديهم اليوم بيع مما بيده بقدره ولكل واحد أن يفتك ما يباع عليه بأداء ما ينوبه. وإذا كان في البيع من نصيب كل واحد ضررٌ على طالب الدَّين لطوله أو لأنَّ بعض ما بيد أحدهم أحضر ثمناً فليبيع ما هو انجر له بيد أحدهم ثم يرجعه على إخوته بمقدار ما كان ينوبه من الدَّين يوم قضاؤه.

وقال أشهب : وإذا كان إخوة الشاهد غيباً بما دفع لهم في القسم والشاهد حاضر بالعبد وكان / إذا بيع عليه عبده رجع على إخوته فيما صار لهما بثلاث ما [بقي] (1) بأيديهما وكان ذلك أخط له لغبن في أصل القسم عليه أو لهما ما بيد إخوته فهو متهم في شهادته ولا يغرم ولا يفتك إلا حصته يباع من عنده بقدره فأنكرها سحنون. قال ابن عبدوس : وعلى أصل سحنون لا عمة عليه لأنه عنده إنما يرجع عليهما بقدر ما ينوبهما من الدين من قيمة عبيدهما يوم أداء الدين، بخلاف استحقاق أحد العبيد، والفرق أنه لو مات عبد أحدهم وغاب الآخر بعبد فبيع العبد الحاضر في الدين فلو كان كالإستحقاق لرجع هذا في ثلث عبد الغائب وفي الدين يرجع عليه بنصفه في اتفاق قيمتها، وقد قال أشهب : إذا كان قد أتلنوا ما بأيديهم ودّى كل واحد مصابته من الدين، فإن كان بعضهم عديماً ودّى الملقى جميع الدين ما بينه وبين أن يحيط بما ورث ثم يرجع على إخوته بمصابتهم، وهذا خلاف ما قال في مسألة الوارث المقر حين جعله فيها شريكاً لهم ولم يجعلهم ها هنا شريكاً.

وقد قال ابن القاسم : إذا جنى جانٍ على ما في يد أحد الورثة ثم طرأ ذئبٌ أن الورثة يتبعون جميعاً الجاني لأنه كان لجميعهم يوم جنى عليه. قال أشهب : إن أخذ الدين من جميع الورثة وأما إن أخذ من أحدهم فإنما يرجع هو وحده على الذي صار له ذلك العبد بما يصيبه من العبد وله من الجناية بقدر مصابته من العبد.

قال ابن عبدوس : هذا القول كأنه جعل / الدين كالإستحقاق، ومذهب 81 سحنون : أن رب الدين يأخذه مما بيد الورثة، وإذا أخذه منهم لم يرجعوا على المجني على عبده بشيء ولكن على الجاني بحصة ما يلحق قيمة العبد المجني إذا قضى على جميع ما بأيديهم فيرجع المجني على عبده على الجاني بما بقي مثل أن تكون قيمة المقتول يوم القتل خمسين وقيمة كل عبد بيد إخوته مائة والدين مائتان

(1) (بقي) ساقطة من الأصل وف مثبتة من ع.

فبيع العبدان للدين أن الأخوين يأخذان من الجاني أربعين وأخوهما العشرة، ولو كان كالإستحقاق لرجعوا فيه أثلاثاً.

وقال أشهب وابن القاسم : إذا طرأ الدين وقد تلف ما بيد أحدهم كان حيواناً فماتت أو دوراً فانهدمت أو غصبها فلا شيء له ولا عليه، وإن باعه أو أتلفه بهية أو غيرها رجع عليه صاحب الدين بدينه ما بينه وبين ما كان صار إليه، وأنكره سحنون.

وفي كتاب ابن حبيب مثل ما قال أشهب : أن ما يصدق به يلزمه في لحوق الدين قيمته.. قال ابن عبدوس وقال أشهب في مسألة أخرى لا يضمن الوارث إلا ما أتلف كمن اشترى عبداً فاستحق من يديه وقد باعه أنه إنما عليه ثمنه وإن أعتقه رد عتقه وإن وهبه لم يتبع بشيء منه. قال أشهب : فالقسمة مثل هذا اقتسموا بسلطان أو بغير سلطان وقاله سحنون وتفسير قوله : إن كان الدين (يَغْتَرِقُ) التركة فإن ربَّ الدين يأخذ ما وجد قديماً ويأخذ من باع الثمن إن لم يُحَابِ في البيع وليس له أن ينقضه، وقاله مالك : وإن لم يغترق الدين التركة ولم يُحَابِ وليس / معروفاً بالدين قُسِّمَ الدين على قيمة من بقيت سلعته قائمة وعلى الجزء الذي باع به من باع فمن أدركه ملياً أخذ منه ومن كان عديماً فليأخذ من الملى ثم يرجع الملى على المعدمين بما كان يرجع به عليهم صاحب الدين.

ولو وهب أحدهم أو أعتق ثم طرأ دين يغترق التركة فلتُردَّ الهبة والعتق ويأعون في الدين، وكذلك الوارث وحده يرد عتقه وإن كانت أمة اتخذها أم ولد فليتبع بقيمتها ديناً عليه وإن لم يحط الدين بالتركة فضَّ على جميع ما كان للإخوة ثم يباع مما وهب بقدر منابته من الدين، وتجوز الهبة فيما بقي، وأما العتق فيلزمه إن كان ملياً وتقوم عليه حصة الدين فيعتق كله وإن كان معدماً بيع من العبد بقدر حصة الدين وعتق ما بقي.

ومن العتبية⁽¹⁾ والمجموعة وكتاب ابن المواز قال أشهب عن مالك : فيمن ترك ألف دينار وعليه مائتا دينار دينٌ فباع وارثه بعض التركة فالبيع مردود. قال (1) لم يتيسر ربط النص بأصله.

سحنون في المجموعة : لا يعجبني والبيع تامٌّ إن كان فيما بقي ما يؤدّي الدّين. وقد قال مالك : فيمن حلف بحرية رقيقه كيُعَصِبَنَّ حقاً عليه إلى شيء فهو من بيعهم ممنوع، فإن باعهم وقضى الدّين قبل الأجل أن يبعه تامٌّ لأن ما مرّ أجله برد بيعهم قد زال بالقضاء.

قال ابن عبدوس : وروى عن مالك في الورثة يبيع بعضهم من بعض بعد القسّم أو يتاعون من غيرهم ثم يلحقه دينٌ أن ربّ الدّين يأخذ ما وجد / بأيدي 82 الورثة ولا يأخذ ما اشتري بعضهم من بعض لأنهم ضمنوا ثمن ما باعوا به حتى يستوفي الغريم، وإن لم يكن عندهم شيء اتبعوا به ديناً ولا يضمنون ما هلك من الحيوان وإن كانوا قد استشفعوا به.

وروى يحيى عن ابن القاسم في العتبية⁽¹⁾ : في الميث تنفذ وصاياه ويُقسّم ماله فينمو أو ينقص أو يُستهلك ثم طرأ دينٌ أن وصاياه تردّ من يد من أخذها نامية أو ناقصة ولا يضمنون ما هلك بغير سببهم إلا أن يستهلكوا شيئاً أو يكونوا اشتروا شيئاً حوسبوا به في وصاياهم فإنهم يردون ما حوسبوا به ولهم ثمن ذلك تواه وكذلك الورثة ما أخذوا على الإقتسام فثأؤه وتواه على الغرماء ولهم وما استهلكوا غرموا وما أخذوه بمعنى البيع فثأؤه وتواه عليهم ولهم ويغرمون الثمن الذي كان وجب عليهم به وما قسموا من عروض يغاب عليها فيضمنون إلا ما قامت بينة بهلاكه فلا يضمنونه.

ومن كتاب الوصايا لمحمد بن المواز : وإذا لحق دينٌ بعد القسم انتقض القسم (قلّ) الدّين أو كثر إلا أن يتفقوا على أدائه وما هلك مما يُعابُّ عليه لم يُصدّقوا إلا ببينة ولا يضمنون ما لا يُعابُّ عليه ويُصدّقون فيه. قال ابن القاسم : لا يضمن الورثة ما مات أو نقص أصابوا في القسمة أو أخطؤوا بخلاف البيع لو بيع من ذلك شيء باعه / وصيّ أو قاضي فاشتره بعض الورثة لضمّنه بخلاف 82 ظ

(1) البيان والتحصيل، 12 : 133.

القَسْمُ تأخر الثمن أو تقدم، ولو كانت التركة عبداً فتقاووه فأخذه أحدهم فهو بيعٌ وهو له ضامن⁽¹⁾.

ومن كتاب ابن سحنون : وكتب شجرة إلى سحنون : في الدَّين يُحَكَّمُ به على الميت فيأمر الحكم أن يباع لذلك من أرضه بقدره ثم يأتي وارث غائب فيقول يؤدِّي الدينَ ويأخذ الأرض ؟ فكتب إليه : إذا حضر الورثة وبدؤوا قضاء الدَّين فلا يباع عليهم وإن غاب بعضهم وغيبته قريةٌ كَتَبَ إليه حتى يُعَرَّفَ قوله وإن بعدت غيبته يبيع للغرماء بقدر الدَّين وقَسِمَ ما بقي، ولو حضروا فقال بعضهم أقضي ما علي ولا يباع نصيبي فإن كان فيما يبقى تمام الدَّين فذلك له وإن لم يكن ذلك بيعت كلها وقضي الدَّين إلا أن يفتكها الورثة بالدَّين.

قال ابن حبيب : ولحُوق الوصية للرجل بالثلث أو للمساكين أو بعدة دنائير بمنزلة لحوق الدَّين في انتفاض القَسْمِ فيما يُنْقَضُ وفي ضمان الورثة ما يضمنونه وفي جميع ذلك.

في موصى له أو وارثٍ يطرأ على ورثة بعد القَسْمِ

وقال أشهب وابن القاسم في كتاب ابن حبيب : إذا طرأ موصى له بالثلث أو وارث طرأ بعد القَسْمِ فإن قسموا عيناً قال أشهب : أو قمحاً أو زيتاً أو عسلاً وما لا يُعَرَّفُ بعينه ؟ قالوا : فإنما للقدام أن يتبع كل واحدٍ بما صار في يديه من حقه يكون شريكاً / لهم بذلك. قال أشهب : ولو اقتسموا عروضاً أو رقيقاً شرك⁸³ كل واحد فيما بيده إلا أن يكون لو قاسمهم إياها على اجتماعهم اجتمع له حقه في شيء واحد أو شيئين. وأما الدور فإن كانت من الدور التي تُقَسَّمُ كل واحدة على حدة فهو مُخَيَّرٌ بين أن يشارك كل واحد أو ينقض له القَسْمَ فيُجَمَّعُ له حقه وكذلك إن كانت مما يُجَمَّعُ في القَسْمِ فهو مُخَيَّرٌ على ما ذكرنا.

(1) ما بين معقوفين ساقط من ف.

وقال ابن المواز : في موصى له طراً على موصى لهم فهو كغريم طراً على غرماء لا يتبع المعدم إلا بما يتبع الملى إن كان أهل الوصايا استوفوا الثلث، وإن بقي منه فضلٌ مثل وصية الطارئ رجع على الورثة يكون فيما بأيديهم وأتبع الملى منهم بجميع ما صار إليه كغريم طراً على ورثة وإن كان الثلث يضيق عنه وعن الموصى لهم وقد صار إلى الورثة من الثلث شيءٌ مثل أن يكون الثلث مائتين وخمسين ووصاياهم مائة مائة وهم ثلاثة فجاء وقد أخذ صاحبا مائتين فإن الذي له من الثلث خمسة أسداس مائة يأخذ منها من الورثة ثلاثة أسداس ويبقى له سدس مائة يرجع على كل واحد بسدس مائة ولا يتبع الملى عن المعدم.

ومن كتاب محمد بن عبد الحكم على مذهب مالك : وإذا اقتسم الورثة داراً أو غير ذلك فأقام رجل بالبينة أن الميت أوصى له بالثلث أو أنه وارث معهم فما اقتسموا من العين فإن الموصى له بالثلث يكون شريكاً لكل واحد فيما / ط83 صار في يديه، وأما الدور والأرضون فإن الموصى له أو الوارث يقاسمهم حتى يُجمَعَ له حقه إذا كانت مما يُجمَع في القسَم من الدور والأرضين ولا يفرَّق حقه.

في الوارث يطراً على الورثة بعد القسم

ومن المجموعة قال ابن وهب : إذا لحق بالميت ولد بعد موته فله حقه في تركته وما أكل الورثة تبعهم به وما عُرفَ هلاكه لم يضمنوه وما عابوا عليه وخفي هلاكه ضمنوا له نصيبه منه قال عنه ابن القاسم : يأخذ من كل واحد بقدر ما بيده من ميراثه ولا يتبع الملى بما عند المعدم. قال أشهب مثله وقال : هو بخلاف الدّين إن كان ميراثه العُشْرَ شرك هذا بعشر ما في يديه وإن باع أخذ منه عشر الثّمن وما تلف بغير سببه لم يضمنه ويضمن ما أكل أو لبس.

قال ابن المواز : قال ابن عبد الحكم : اختلف في الوارث يطراً على الورثة فقيل هو كغريم طراً على غرماء لا يتبع الملى بما صار إلى المعدم وكالموصى له يطراً

على الموصى لهم. قاله ابن القاسم عن مالك ورواه وقاله أصبغ. وقال ابن عبد الحكم غير هذا، وهو قول أشهب أن الطارئ يقاسم من وجد من الورثة ملياً ما صار إليه حتى كأنه لم يترك الميث غيرهما ثم يتبعان باقي الورثة فمن أيسر دخلوا معه وساووه هكذا حتى يعتدوا. قسم 12

قال محمد : وإن ترك امرأته وابناً فأخذت المرأة الثمن والإبن ما بقي ثم طرأت زوجة أخرى فوجدت صاحبها عديمة / والإبن ملي فليرجع على الإبن⁸⁴ بثلاث خمس ما صار إليه وهو جزء من خمسة عشر مما في يديه لأن له أربعة عشر من ستة عشر ولكل واحد من الزوجين سهم ثم يرجعان على الزوجة بنصف ما أخذت فكل ما وجدا عندها من ذلك اقتسماه على خمسة عشر حتى يستوفيا. ولو قالت الطارئة لما قدمت قد صار إلى ميراثي فيكون كقولها قد تركت لكما ميراثي لا حاجة لي به ويُتَقَضُ الْقَسْمُ فيقسمان على خمسة عشر جزءاً للإبن أربعة عشر ولهذه جزء، ونعلم أنه قد صار لهذه الطارئة مثل ما أخذت هذه الزوجة من الإبن فيصير ذلك على ستة عشر سهماً منقسماً على العدل.

قال ابن القاسم : ولو ترك ولدين وعبدین فأخذ كل واحد عبداً بقسمة أو بتبايع ثم مات أحد العبدین ثم قدم أخ ثالث فالقسمة باطل ويكون العبد الباقي بينهم أثلاثاً إن كانا اقتسما، وهذا الذي حكى محمد عن ابن القاسم خلاف ما قال سحنون وخلاف ما ذكر مما بُنيَ عليه الْقَسْمُ من قول مالك في الثلاثة أعبد استَحَقُّ أَحَدُهُمْ بَعْدَ الْقَسْمِ. قال محمد : ولو كان صار لكل واحد عبده بشراء من أخيه بثمان معلوم أو من وصي أبيهما لكانت مصيبة نصف العبد الميت بين الثلاثة إخوانه وكانت مصيبة نصفه المشتري من مشتريه ثم يكون نصف العبد الحي الذي وقع عليه والنصف الذي لم يقع عليه يكون الأخوان في إنفاذ بيع / مصاباتها⁸⁴ منه بالخيار.

وقال محمد : بل الطارئ وحده الذي له الخيار في إنفاذ بيع مصابته منه وهو سدس العبد فإن أنفذه رجع بثمانه على من قبضه ويكون نصف الميت المشتري

منه مصيبته من المشتري له وحده يرجع الأخ الطارئ بئمن ما يستحقه من هذا النصف المباع على أخيه الذي باع ثم يكون بالخيار في العبد الحي، فإن شاء أخذ ثلثه كله، سدس وقع عليه بيع وسدس لم يقع عليه بيع فيرجع هذا على الذي مات العبد بيده ثلث ما كان دفع إليه في ثمن العبد القائم.

ومن الواضحة قال : وإذا طرأ وارث على ورثة بعد القسم فخلافا للدين يطرأ أو موصى له يطرأ عليهم، فإن كان ما قسموا غنياً أو ماشية قسموها عدداً لم يُنْقَضُ القسمُ بقدم الوارث وليرجع على كل وارث بما ينوبه مما أخذ لو كان هذا حاضراً، وما هلك بأيديهم بفعل منه أو بموت أو بجائحة فذلك سواء وهو ممن كان في يده ويضمن للقادم حصته منه، لأن القسم لم يُنْقَضْ ولا يتبع الملقى بما على المعدم، وإن كان ما قسموا داراً أو دوراً أو شجراً أو أرضاً أو عروضاً ما كانت فإن القسم يُنْقَضُ لأنه لا يلزمه أن يأخذ من كل وارث حصته مما في يديه فيتفرق عليه سهمه ويجمع لهم ولكن يُنْقَضُ القسمُ ويصير كل ما مات أو هلك بغير سبب من كان في يديه من جميعهم ضمانه وما بيع أو تصدق به / فمردود إلا أن⁸⁵ يقع بالقسم الثاني في سهم البائع له أو المتصدق به فيمضي للمشتري وللمتصدق عليه. واحتج بمسألة مالك في الثلاثة أعبد يُستحق أحدهم ويموت الآخر وقد ذكرناها وضمنه القيمة فيما لم ينتقض فيه القسم وهي مما لا يعاب عليه.

في الميت يدع زوجة حاملاً هل يتعجل القسم ؟ أو له ربع قد عقد فيه كراء

من العتبية⁽¹⁾ قال ابن القاسم عن مالك : في الميت يدع زوجته حاملاً هل يُقسَمُ ماله ؟ قال : لا يُقسَمُ تركته حتى تضع، قيل : فإن لم يعلم هل بها حمل أترى بها حتى تحيض ؟ قال : ما سمعت. ثم سئل عن امرأة أبطأت حيضتها

(1) البيان والتحصيل، 12 : 115.

قال : فلا يُقسَمُ الميراثُ حتى يُتَبَيَّنَ من حملها قيل : حتى تستبرأ؟ قال : ليس حتى تستبرأ ولكن يَسْتَأْنِي حتى تطهر.

قال أبو زيد عن ابن القاسم : فيمن عقد في داره كراء سنة ثم مات بعد مُضيِّ شهر أو شهرين فأراد ورثته القَسَمَ ؟ قال : الكراء ماضي ولهم قسمتها ويعرف كل واحد منهم ما يصير له إذا كان لا يضر ذلك بالمكثري ولا يضيق عليه شيئاً، ولكل واحد أن ييني ما يصير له إن لم يضرَّ بالمكثري وليس لهم إخراجُه حتى تم سنته.

في أجرة القاسم وشهادته وكيف أمر القاضي بالقسم وإنفاذه له

من العتبية⁽¹⁾ قال ابن القاسم في سماعه : كره مالك ما / جُعِلَ للقَسَامِ مع 85 ط
القضاة في قسمهم وحسابهم، ولم يكن خارجة بن زيد ومجاهد يأخذان في ذلك أجراً. قال ابن القاسم : وذلك رأيي وَلْيَنْظُرِ الإمام رجلاً يرضاه بقيمة لذلك ويجري له عطاءه مع الناس كما يُجْري للقاضي وغيره ممن يحتاج إليه المسلمون.
قال ابن حبيب : إنما كرهه لأن ذلك يأخذونه من أموال اليتامى وغيرهم، وأما أن أجرى لهم من بيت المال فلا بأس به. وكذلك كل ما يحتاج الناس إليه وفي قسم غنائمهم.

قال : فإذا أجرى له عطاءه من بيت المال أو من الفَيءِ لم يَجَلَّ له أن يأخذ من يقسم بينهم شيئاً لأنه كالقاضي المرتزق، فإن لم يُجَرَّ له رِزْقٌ فلا بأس أن يأخذ منهم، ولو قسم احتساباً كان أفضل له، وقد أجازَه مالك له ولكاتب الوثيقة ويكون الأجر في ذلك على عددهم لا على أنصبتهم وأدى المأخوذ منه المال الذي كان على يديه كواحد منهم في غَرَمِ أجر الوثيقة لا يتوثق له ولهم، قال مالك : وكذلك لو طلب القَسَمَ أحدهم وأبى الآخرون فالزمه فعلى الآبي والطالب أجرُ التقاسم سواء قال : وإذا قسم بين ورثة بأمر القاضي ثم أنفذ ذلك القاضي وأشهد

40 شفعة

(1) البيان والتحصيل، 12 : 109.

به ثم اختلفوا أو نزع بعضهم أو تجاوز الحق صاحبه ولم تحفظ البينة ذلك واحتاجوا إلى شهادة القاسم فإن كان هذا الحاكم هو أمره بذلك فشهادته وحده في ذلك جائزة إذا كان الحاكم يعلم / ويذكر الآن أنه أمره بذلك يومئذ فليُمضَ 86ر شهادته وحده على ما وصف. وقاله ابن الماجشون. وكذلك كل ما لا يشره القاضي من الفعل والقسم والأحلاف والكتاب والنظر إلى العيب وشبهه فمأمون مقبول القول فيه عنده لأن فعله في ذلك كفعله كانوا مرتزقين أو غير مرتزقين.

قال ابن حبيب : وإن لم يمكن هذا الحاكم هو أمر القاسم بقسم ذلك وإنما أمره من قد درج من الحكام أو قوم تراضوا على قسمه فلا يجوز فيه شهادة القاسم أصلاً ولا بد من اثنين سواء أن القاضي أمره بذلك وأنه بعد أن قسم نفعه القاضي أو أن الورثة تراضوا به وألزموا أنفسهم قسمه بعد أن قسم وكذلك العاقد والحلف والكتاب والناظر إلى العيب لا تجوز شهادتهم عند غير الذي أمرهم في الذي أمرهم به لا وحدهم ولا مع غيرهم بحال، كما لا تجوز شهادة القاضي المعزول فيما يذكر أنه حكم فيه لا وحده ولا مع غيره. وقاله ابن الماجشون، وهو تفسير قول مالك.

ومن كتاب ابن سحنون عن أبيه : وإذا شهد قاسمان على ما قسماه بأمر قاضي أو بغير أمره فإن كل إنسان ممن قسما بينهم قد استوفى نصيبه فلا تجوز شهادتهما، لأنهما شهدا على فعل أنفسهما. قال ابن حبيب : ولا يأمر القاضي بالقسم إلا القاسم المأمون المرضي عنده البصير بما يكلفه، فإن كان / اثنان فهو 86ط أفضل وإن لم يجد إلا واحداً فهو يكفي وإذا أتاه فأعلمه أنه قسم وأتاه بصفة ما فعل جاز للقاضي قبوله منه والإشهاد عليه إذا رآه صواباً وأقر به أكابر الورثة ولم يدعوا بشيء ينظر لهم فيه فليُنْفَذَ على الصغير والغائب بقول القاسم وحده، وليس بمعنى الشهادة بل هو بمعنى المعونة له على أمره، وبعض القضاة يبعث قاسماً لا يرضى حاله ويأمره من يرضاه أن يحضر معه وهم يجهلون أمر القسم فهذا خطأ من فعله، لأن من معه لا يدري صواب القاسم من خطئه أو عدله وجوره شيئاً وإنما يشهدهم على فعله وهم لا يعلمون من ذلك غير قوله بشهادتهم أنهم حضروا

القسم على ما كُتِبَ لا ينبغي ولا يقبلها القاضي ولا ينبغي للقاضي أن يأمر القاسم المرضي أن يشهد على ما قسم حتى يأتيه به مكتوباً وينظر فيه، فإن رآه صواباً سأل الأكبر عن عمله فإن عارضوا فيه نظر فيه وإلا أمضاه.

في القوم يقتسمون الدار ولا يذكرون مجرى مائها وكيف إن وقع خطأ أو غلط في القسم

من كتاب ابن حبيب : وسألت مطرفاً عن قوم اقتسموا داراً ومجرى مائها في ناحية منها فصارت تلك الناحية في سهم أحدهم ولم يذكروا المجرى ؟ قال : إن لم يذكروا المجرى عند القسم / انتقض القسم ثم يُقسَّم على بيان من ذكر مجرى كل سهم إلا أن يصطلحوا بالتراضي فيمضي القسم الأول وكذلك إن لم يذكروا باب الدار في وقت القسم وقد وقع في نصيب أحدهم فإنه ينقض القسم ويُؤْتَنَف على بيان أو يشترط ذلك في أول الوقت فيمضي على الشرط إن كان لكل واحد مفتح لبابه والمجرى مائه في نصيبه مضى ذلك وإن لم يُقسَّر ذلك فليؤْتَنَف القسم، وقاله كله أصبغ.

قال مطرف : وإذا ظهر في قِسْمَةِ الْقَسَامِ لِلْأَرْضِ غَلَطٌ أَوْ خَطَأٌ فَلْيُفْسَخِ الْقِسْمُ ثُمَّ يُعَادُ وَلَا يُعَدَّلُ بَيْنَهُمْ وَيَقْرُونَ عَلَيْهِ، وكذلك لو لم يقع الغلط إلا في نصيب أحدهم لأعيد القسم ما لم يفت ذلك ببناء من الذي وقع ذلك في سهمه، فإن فات فليرجع بقيمة ما نقص من سهمه مالا فإن لم يين ولكن باع فإن لم يين المبتاع رُدَّ البَيْعُ وَفُسِّخَ الْقِسْمُ وإن بنى المشتري رجع المنقوص السهم على البائع بقيمة ذلك مالا فإن لم يجد عنده شيئاً رجع به على المشتري مالا أيضاً ورجع به المشتري على البائع في ذمته قلت : فلو كان غير الذي وقعت الزيادة في سهمه بناءً ؟ قال : ينتقض القسم فيما لم يين وفي السهم الذي فيه الزيادة كما فسرْتُ لك، وما فات بالبناء مما لم يقع فيه الغلط ماضياً لصاحبه. وقال أصبغ مثل ذلك كله.

تم كتاب القسم
بحمد الله وعونه وصلى الله على سيدنا محمد

الجزء الأول من كتاب الوصايا^(٥)

في الخَصُّ على الوَصِيَّةِ وَذِكْرُ التَّشْهَدِ فِيهَا
وَمَنْ كَرِهَ لِلْمَعْلُ أَنْ يَوْصَى بِنَصْفِهِ

قال أبو محمد عبد الله بن أبي زيد : ومن كتاب ابن حبيب وغيره : رُوِيَ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : مَا حَقُّ امْرِئٍ مُسْلِمٍ لَهُ شَيْءٌ يُوصَى فِيهِ بَيْتَ لَيْتَيْنِ إِلَّا وَصِيَّتُهُ عِنْدَهُ مَكْتُوبَةٌ^(١)، قَالَ نَافِعٌ : فَكَانَ ابْنُ عَمْرٍو يَكْتُبُ وَصِيَّتَهُ ثُمَّ تَرَكَ ذَلِكَ وَقَالَ : مَا عِنْدِي مَا أُحَدِّثُ فِيهِ وَصِيَّةً، رِبَاعِي حَبَسَ، وَحَائِطِي صَدَقَ، وَمَا كَانَ مِنْ شَيْءٍ فَقَدْ أَنْفَقْتُهُ. فَلَمَّا احْتَضَرَ قَالَ : قَدْ كُنْتُ أَصْنَعُ فِي الْحَيَاةِ مَا اللَّهُ أَعْلَمُ بِهِ وَأَمَّا الْآنَ فَلَا أَرَى أَحَدًا أَحَقَّ بِهِ مِنْ هَؤُلَاءِ. وَكَذَلِكَ قَالَ حَاطِبُ بْنُ أَبِي بَلْتَعَةَ لِعُمَرَ وَذَكَرَ مِنْ فَعَلِهِ فِي الصَّحَّةِ فِي مَالِهِ.

(٥) لم نجد في الوصايا مخطوطاً آخر لكتاب النوادر غير الأصل نرجع إليه عند المقابلة، فاستعنا بالبيان والتحصيل ومصادر أخرى متوفرة. وحتى مصور مخطوط أياصوفيا (الأصل) فيه لوحات مطموسة لا تقرأ، الأمر الذي جعلنا مضطرين إلى ترك بياضات كلما تعذرت علينا القراءة.

(١) أخرجه البخاري في كتاب الوصايا ومسلم في كتاب الوصية ورواه مالك في الموطأ في كتاب الوصية عن نافع عن عبد الله بن عمر.

ومن غير كتاب ابن حبيب : أن سعيد بن المسيَّب لما قيل له في المحنة
اعهد عهدك ؟ قال : لست من يؤصّي بأمره الرجال، ما كان لي من أمر فقد
أحكمته، ونحو هذا.

قال غيره : وأما من عليه تباعة أو ما قرط فيه من كفارة أو غيرها من زكاة
أو غير ذلك مما يؤصّي فيه فواجب عليه أن يؤصّي بذلك، وإنما يُرخص في ترك
التطوع.

وقال النبي ﷺ : لسعد : الثلث والثلث كثير إنك أن تذر ورثتك أغنياء
خير... (الحديث)(1).

ومن كتاب ابن حبيب : قال علي بن أبي طالب لمريض ذكر له الوصية :
لا توصي إنما قال الله سبحانه ﴿إِنْ تَرَكَ خَيْرًا﴾ (2) وأنت لا تترك إلا اليسير دغ / 88
ما لك لبنيك.

وقيل لعائشة : أيوصي من ترك أربعمئة دينار وله عدد من الولد ؟ فقالت :
ما في هذا فتهمل عن ولده.

وقيل لميسون بن مهران : إن فلاناً مات وأعتق كل عبده له ؟ فقال : تعصون
مرتين ييخلون به وقد أمروا بالإنفاق فإذا صار لغيرهم أسرفوا فيه. قال عمر :
الثلث وسط لا بخس ولا شطط. قال ميمون بن مهران : لأن أوصي بالخُمس
أحب إلي من الربع وبالرُبع أحب إلي من الثلث، من أوصى بالثلث لم يترك
شيئاً.

قال ابن القاسم عن مالك في العتبية (3) وكتاب ابن المواز والمجموعة قال :
كان من (أدركت) يكتبون التشهد قبل ذكر الوصية وما زال ذلك من شأن الناس

(1) أخرجه البخاري في كتاب الجنائز ومسلم في كتاب الوصية جعله مالك في موطئه في باب الوصية
في الثلث وفي بعض الروايات عوض أن تدر أن تدع.

(2) الآية 180 من سورة البقرة.

(3) البيان والتحصيل، 12 : 440.

بالمدينة، وإنه ليعجبني وأراه حسناً، ورواه عنه أشهب. قال أشهب في المجموعة : كل ذلك لا بأس به تشهد أو لم يتشهد، قد تشهد ناس فقهاء صالحون وترك ذلك بعض الناس وذلك قليل.

قال أشهب عن مالك في العتبية⁽¹⁾ والمجموعة وكتاب ابن المواز : قيل له : إن رجلاً كتب في ذلك : أومن بالقدر خيره وشره حلوه ومرة ؟ قال : ما أرى هذا إلا كتب الصفرية والإباضية قد كتب من مضى وصاياهم ولم يكتبوا مثل هذا.

قال ابن حبيب : قال ابن سيرين : كانوا يكتبون : هذا ما أوصى به فلان بن فلان أوصى بشهادة أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأن محمداً عبده ورسوله وأوصى أهله من بعد موته بتقوى الله العظيم وأن يُصلحوا ذات بينهم ويطيعوا الله ورسوله إن كانوا مؤمنين وأوصاهم بما أوصى به إبراهيم نبيه : إلى قوله وأنتم مسلمون⁽²⁾.

ط 88

/ ذكر وصية المؤلى عليه والصبي والمجنون والمرتب ووصية المؤلى عليه مما أدا أن أو تعدى وذكر تدبيره

من كتاب ابن المواز قال مالك وأصحابه : تجوز وصية الصغير إذا عقل ما يوصى به مثل ابن تسع سنين وشبهه.

قال ابن حبيب : قال ابن شهاب : في الصبي والصبية إذا عقلا الصلاة جازت وصيتهما. قال أصبغ وحده : إذا عقلا ما يفعلان، ومن المجموعة قال : قال مالك : تجوز وصية اليافع. قال عنه ابن وهب وأشهب في كتاب ابن المواز : وتجوز وصية ابن عشر وتسع.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 440.

(2) يشير إلى الآية 132 من سورة البقرة التي يقول الله تبارك وتعالى فيها ﴿وَأوصى بها إبراهيم بنبيه ويعقوب﴾ يا بني إن الله اصطفى لكم الدين فلا تموتن إلا وأنتم مسلمون.

ومن المجموعة : وتجوز وصية الأحمق والسفيه وتجوز وصية المصاب في حال إفاقته. قال عبد الملك : تجوز وصية المجنون في إفاقته، لأنه تجوز شهادته في تلك الحال إن كان عدلاً.

قال ابن كنانة : يجوز من وصية المولى عليه وتديره وما لا يقع عليه إلا بعد موته وإنما يُمنع في حياته من ماله إلى رشده ليأخذه فإذا جاء الموت لم يُمنع من خير يفعله في ثلثه ولو مُنِعَ لكان توفيراً على وارثه فهو أحق من الوارث بالثلث.

ومنه ومن كتاب ابن المواز أشهب عن مالك : وإذا أدان المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك كالحلي إلا أن يُوصي به وقد بلغ الوصية فيجوز في ثلثه. قال ابن نافع عن مالك مثله في المجموعة، قال ابن كنانة : كما يجوز في التطوع يوصى به كذلك يجوز / على وجه القضاء في ثلثه ويبدأ على وصاياه وإن كان إنما سمي⁸⁹ ذلك الدّين ليُقضى من رأس ماله ولم يجعله في ثلثه، لم يجز ذلك على ورثته. قال عبد الملك : وإن دبر السفیه خادماً عاليّة الثمن لم يجز تديره ويجوز في قليلة الثمن، وأما تدير من لم يبلغ الحُلَم فلا يجوز بخلاف وصيته.

قال أشهب : لا يجوز تدير المولى عليه ويطل ذلك وإن بقي العبد في يديه حتى ولي نفسه. قال ابن القاسم : له تدير عبده في المرض فإذا صح بطل ذلك.

قال أشهب : في صبيٍّ أوصى إلى غير وصيه أن يُفرّق ثلثه فلم يُجزْ وصيته إيصاءه إلى غيره فذلك للوصي أن لا يلبي غيره تفرقة ثلثه. قال ابن نافع عن مالك : في يтим أمر رجلاً أن يضرب غلاماً له فضربه وهو يقول له اضربْ أَقْتُلْ فتمادى به حتى قتله ؟ قال يضمّنه الضارب. قيل : فأوصى اليتيم حين احتضر أن يعتق عنه وصيه رقبَةً فيما ركب من الغلام ؟ قال : إن سمى أن ذلك عن ضرب الغلام فهو مُبَدَأً على وصاياه وإن لم يُسمّه لذلك لم يبدأ.

قال ابن حبيب : قال أصبغ : فيمن ارتدَّ وقد أوصى بوصايا ثم قُتِل أو مات في رِدّته فوصاياه باطل وإن راجع الإسلام ثم مات، فإن كانت تلك الوصايا

مكتوبة جازت كلها وإلا لم تجز، وكذلك لو أوصى بها وهو مرتد، وهو كالمريض إذا صحَّ ثم مات.

فيمن كتب وصيته عند سفره أو في مرضه
أو أشهد بها بغير كتاب ثم قدم أو أفاق
وكيف إن لم يقل إن مٔ من مرضي هذا أو سفري /
أو قاله أو قال في سنتي هذه

89 ط

من كتاب ابن المواز والعتبية⁽¹⁾ قال ابن القاسم عن مالك : وإذا قال أو
أشهد بغير كتاب إن مٔ من مرضي هذا أو سفري هذا فعبدى حرّ ولفلان كذا
ثم قدم المسافر وبرئ المريض ثم مات فذلك باطل، وإن كان ذلك في كتاب بيده
أو بكتاب عند غيره ثم أخذه فهو باطل إلا أن يترك الكتاب الذي عند غيره فلا
يأخذه حتى يموت فهو نافذ.

ومن المجموعة روى ابن القاسم وأشهب وعليّ وابن نافع عن مالك : إذا
أوصى إن مٔ من مرضي هذا ثم صح ولم يُغيّر وصيته حتى مرض مرضاً ثانياً
فمات وقد أقر وصيته بحالها أنها نافذة.

قال عنه ابن القاسم في العتبية⁽²⁾ فيه وفي السفر فإذا قدم من ذلك السفر
وأفاق من ذلك المرض ثم مرض بعد حين فمات فتؤخذ وصيته تلك ولم ينكرها
الآن بإجازة ولا تغيير ؟ قال : هي نافذة. وقال عنه في كتاب آخر : لا يجوز إلا
أن يكون بيد غيره. قال سحنون : هذا أحسن.

قال عنه ابن القاسم فيه وفي المجموعة : وإن أوصى بأخرى جازتا إلا أن
يُنقص في الثانية شيئاً من الأولى، وإن أوصى في الآخرة لرجل بمثل ما أوصى له في
الأولى فإنما له ذلك مرة واحدة.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 433.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 433.

قال ابن كنانة في المجموعة : في الموصي في مرضه أو سفره يقول : أو متٌ من مرضي بغير كتاب ثم صح أو قدم ثم مات بعد ذلك فذلك باطل، وإن كان بكتاب. أشهد فيه ثم لم يحرفه ولا محاه ولا أشهد على تغييره حين أفاق أو قدم فهو نافذ.

وقال أشهب : إن مات من مَرَضٍ آخر / جازت الوصية لأن فيها إن متٌ من مرضي هذا فلما أَقَرَّها في المرض الثاني فكأنه عناه، وسواء قال إن متٌ من مرضي هذا أو في مرضي، وكذلك في السفر إذا مات في سفر آخر فإن مات في غير سفر أو مات ذلك المريض في غير مرض فذلك باطل. وكذلك قال أشهب في كتاب ابن المواز وقال : ورواه عن مالك.

قال ابن القاسم وأشهب : وإذا كانت مبهمّة جازت وإن كانت عنده إذا أشهد عليها. قال أشهب في المجموعة : يعني في التي يذكر فيها إن متٌ في مرضي أو سفري والاستحسان غير القياس أنه إن مات في غير سفر ولا مرض أنها تنفذ إذا لم يغيرها لما عَلِمَ أن ليس قصد الناس في ذكر السفر والمرض تخصيص ذلك، ألا ترى لو كتب من سفري هذا فبغته الموت قبل أن يسافر أنها نافذة.

ومن العتبية⁽¹⁾ وكتاب ابن المواز : ذكر ابن القاسم عن مالك : إذا كتب إن مت من مرضي هذا أو سفري ثم يفيق أو يقدم ثم يمرض فيموت فتوجد وصيته أنها نافذة، لأن أكثر وصايا الناس عند سفر أو مرض ثم يزول ذلك [فيشق]⁽²⁾ بوصيته أنها موضوعة فيقرأها فهي نافذة. قال ابن المواز : يعني والله أعلم أنها كانت بيد غيره فأقرأها لقوله موضوعة.

قال سحنون في المجموعة : روايته عنه أخرى أحسن وأبين إن كانت عنده فهي باطل وإن كانت عند غيره فهي جازت.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 426-433-469.

(2) كذا والغالب أنها معرفة عن كلمة أخرى ولم يتيسر لنا تحقيقها لعدم عثورنا على أية نسخة من كتب الوصايا لنستعملها في المقابلة والتصويب والتصحيح.

قال في الكتابين : قال عنه ابن القاسم أيضاً : / وكذلك لو قال فيها : إن
مُتَّ من مرضي هذا أو قال فيما بيني وبين سنة فيموت بعد البرء أو بعد الأجل
فهي نافذة إن لم يأخذها ممن هي بيده.

قال ابن المواز : قال ابن عبد الحكم : ومثله الحامل تقول : إن مُتَّ من
حملي هذا ثم تموت من غير حمل أو من حمل يأتي ويموت الرجل في سفر يأتي أو
مرض يأتي أو في غير سفر ولا مرض فإن كانت بيده بطلت وإن كانت بيد غيره
نُفَذَتْ.

ومسألة الحامل في العتبية⁽¹⁾ من سماع ابن القاسم أيضاً.

ومن المجموعة روى علي عن مالك : فيمن كتب في وصيته إن مُتَّ سَنَّتِي
هذه فعاش بعدها شيئاً ثم مات ووصيته تلك بيده لم يغيرها ولا أحدث غيرها أنها
نافذة جائزة.

قال ابن حبيب : قال أصبغ : في حامل جاوزت ستة أشهر بمرض مرضاً
من غير حملها فتوصي بوصايا ثم أفاقت ثم ماتت من نفاسها ؟ قالوا : لا تجوز
وصاياها تلك إلا أن تكون كتبها وأقرت الكتابة حتى ماتت فلتنْفَذْ، ولو كان
مرضها الأول من سبب حملها فوصاياها جائزة كتبها أو لم تكتبها إن ماتت من
نفاسها لأنه مرضٌ واحدٌ.

فيمن أشهد على وصيته وأقرأها عنده أو عند غيره
وكيف إن طبع عليها؟ وكيف إن قرأها أو لم يقرأها عليهم؟

من العتبية⁽²⁾ وكتاب ابن المواز : روى أشهب عن مالك : فيمن طبع في
آخر وصيته وقال للقوم اشهدوا علي بما فيها ولم / يقرأها ولا علموا ما فيها فكتبوا

(1) البيان والتحصيل، 12 : 439.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 300.

شهادتهم ثم مات فإن لم يَشْكُ الشاهد في الطابع فليشهد وإن شك فلا يشهد إذا لم يكن الكتاب عنده، قيل : أفلا يشك في الخاتم وقد غاب عنه ؟ قال : إن شك فلا يشهد. قيل : وإذا دعا بوصيته من عند أهله فأشْهَدَ قوماً على ما فيها أتقولون له أقرأها فإنها كانت عند أهلك ؟ قال : ليس عليهم ذلك وليشهدوا.

قال ابن المواز قال أشهب : ذلك جائزٌ كانت محتومة أم منشورة قرأها عليهم أو لم يقرأها ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة فليس بشيء حتى يقول إنها وصيتي وأن ما فيها حق وإن لم يقرأها وكذلك لو قرؤوها وقالوا نشهد أنها وصيتك فقال نعم، أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز.

ومن كتاب ابن المواز : قال - يعني مالكا - وإن لم يقرأها عليهم فليشهدوا فإذا مات وعرفوا الكتاب فليشهدوا أنها وصيته أشهدنا على ما فيها، وكذلك لو أشهدهم عليها مطبوعة إذا عرفوها. قال : وإن فُتِحَتْ فَوَجِدَ فيها محو (لا) يغير ما قبله ولا ما بعده لم يَضُرَّ، وإن كان يحمل بعض الوصية المغيرة فذلك الشيء لا يجوز إلا أن يعرفوا المحو. ولو وجدوا لحقاً لم يُبَيِّنْ لهم فلا يشهدوا عليه إلا أن يكونوا طبعوا عليها وعرفوا الخواتم فاحملوهم ما تحملوا.

قال أشهب عن مالك : وَمَنْ شَكَّ مِنْهُمْ فلا يشهد إذا لم تكن الوصية عنده حتى يتبين أنه خائمه بعينه لم يُقْضَ وكان الناس قديماً يجيزون الخواتم في كتب /
القضاة وغيرها ثم حدث الإشهاد على الطابع، وأجوزهم عندي شهادة الذي الوصية في يديه والآخرين يشهدون بمبلغ علمهم ويحملون ما تحملوا. وقال أيضاً أما الآخرون فلا أدري كيف يشهدون، وكذلك روى ابن القاسم عن مالك. كما روى أشهب من أول المسألة.

ومن المجموعة ابن القاسم عن مالك : في الميت توجد وصيته في بيته بخطه ويشهد عدلان أنه خطه فلا يجوز ذلك حتى يُشْهَدَهم عليها وقد يكتب ولا يعزم. وكذلك في العتبية⁽¹⁾ قال في المجموعة : وإذا أشهد جازت كانت بيده أو عند غيره.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 466.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال أصبغ عن ابن وهب : في امرأة دعت قوماً إلى وصيتها مكتوبةً فقالت : اشهدوا على ما فيها لي وعليّ وقد أسندتها إلى عمتي وما بقي من ثلثي فلعمتي ثم ماتت ففتّح الكتاب فإذا فيه أن باقي ثلثي للفقراء والمساكين والأرامل قال : فليُقسَم الثلث بين العمة وهذه الأصناف. قال أبو محمد : يريد للعمة نصفه ولهذه الأصناف نصفه، وقال ابن القاسم مثله.

قال ابن المواز أشهب عن مالك : في مريض حضره قوم فقالت امرأته إنه أوصاني في بقية ثلثه أن أنفق منه على بني فلان كل شهر كذا وهو يسع ووصيته حاضرة ولم يُوقع ذلك فيها وقد كان قرؤها عليه وأقر بها ثم مات فلا يجوز الذي قالت، وذلك إلى الورثة إلا ما يصيب الزوجة من بقية الثلث يُعزّل ذلك يُنفق على مَنْ أُقِرَّت له في كل شهر / كما قالت، وفي الباب الذي يلي هذا تمام القول في 92 الوصية تكون بيد غيره.

فيمن قال وصيتي عند فلان فصدقه أو قال قد أوصيته فما قال فأنفذه أو قال يجعل فلان ثلثي حيث يراه الله

من العتبية⁽²⁾ وكتاب ابن المواز وابن عبدوس قال ابن القاسم عن مالك : فيمن قال عند موته : وصيتي عند فلان وأشهد على ذلك، وفي كتاب ابن المواز وأشهدوا على ذلك، فلما مات أخرج الرجل وصية فيها عتق وغيره قال : هي جائزة، وأُتي من ذلك إن كتب وصيتين وجعل بيد كل رجل واحدة فإذا أخرجها جازتا إن انتفيا وفي رواية ابن وهب في المجموعة : في الوصية الواحدة بيد الذي ذكر قال مالك : على ماذا شهد هؤلاء ما أرى إلا شاهداً واحداً وأراه يجوز في الوصايا دون العتق ثم قال بعد ذلك : أراها نافذة، وقاله أشهب.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 300.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 466-471.

وقال ابن القاسم في هذه الكتب عن مالك قال : فيمن قال : قد كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان فأنفذوها فأخرجها الرجل بعد موته ولا بينة فيها غير البينة على قوله هذا قال : إن كان الذي هي بيده عدلاً أُنفذت، وقاله ابن القاسم.

قال العتبي قال سحنون : وتنفذ كان الرجل عدلاً أو غير عدل.

قال يحيى بن يحيى وقال ابن القاسم : هو كما لو قال : قد أوصيت بوصايا أعلمت بها فلاناً فأنفذوا ما قال أنه / ينفذ، ولو قال : كنت أعامل فلاناً وفلاناً 92 ظ فلاناً فما ادّعوا عليّ فصدّقوهم قال : فليعطوا ما ادّعوا بلا يمين.

ومن المجموعة وكتاب محمد قال ابن القاسم وأشهب : وإذا قال : قد أوصيت بثلثي وأخبرته بوصيتي فصدّقه فهو مُصدّق. وقال أشهب : فإن قال : إنما أوصي بالثلث في ولايتي فهو مُصدّق، ولأن الميت أمر بتصديقه وليس مثل الذي شهد لابنه ولا مثل الذي يوصي إلى فلان أن يجعل ثلثه حيث يرى فيجعله لنفسه أو لابنه وأقاربه كما يُعطى الناس حسب الاستحقاق ولجاز وأكره أن يأخذ منه شيئاً لنفسه فإن فعل حسب استحقاقه لم آخذه منه. وقاله ابن القاسم وقال : فإن قال لولدي أوصي به جعلته كشاهد له وكمسألة مالك في إذا قال : فلان يجعل ثلثي حيث يرى.

قال محمد قال مالك في هذا إنه لا يأخذ هو منه وإن كان محتاجاً، وإن أعطى ولده وكان لذلك موضعاً جاز، قال ابن عبدوس : ورؤي عن مالك في الذي أوصاه على أن يجعل ثلثه حيث يراه الله لا يُجبر أن يُعطى ذلك أقارب الميت ولكن يعطيهم كما يعطي الناس. قال مالك : وإذا كان قد علم حين أوصاه بجعل ثلثه حيث أراه أنه أراد أن يرده على بعض الورثة فلا يجوز وليرجع كله ميراثاً.

وقال علي عن مالك : فيمن أوصى امرأته أن تجعل ثلثه حيث أراها الله فلم تفعل حتى هلك / وأوصت بثلثها ولم تذكر وصية زوجها قال : فليأمر القاضي 93 من يرضى ويضع ذلك حيث يرى أن الميت كان أراد أن يوضع فيه.

ومن كتاب ابن المواز والعتبية⁽¹⁾ ابن القاسم عن مالك في الموصى إليه بالثلث يجعله حيث أراه الله قال : لي يجعله في سبيل الخير وإن قال اصرفه حيث شئت أو حيث أحببت فصرفه إلى أقارب الموصى أو إخوانه فلم يجز ذلك الورثة فليُرد ذلك ميراثاً. وقاله ابن القاسم في العتبية⁽²⁾ قال : ويقال له اتق الله واجعلها في غيرهم فإن أوى رجعت ميراثاً إن لم يجرها الورثة، ولا يجبره السلطان أن يجعلها في سبيل الله. وقال ابن القاسم في كتاب ابن المواز : يُنظر فيما فعل فإن كان من وجه ما يتقرب الناس به وكان في حاجة فليُنفذ وإن كان في غير ذي حاجة لم يجر، لأن الميت إنما قصد وجه الصدقات.

ومن الكتابين وعن ابن القاسم : وعن امرأة أوصت إليها أن تُخرج بعض الثلث في أشياء وباقية حيث أراها الله ففعلت فاحتاجت الوصية هل تأخذ من تلك البقية ؟ قال مالك : لا تأخذ منها شيئاً. قال ابن حبيب عن أصبغ : فيمن أوصى لرجل أن يجعل ثلثه في أفضل ما يراه وأقربه إلى الله سبحانه هل يعتق به رقاباً ؟ قال : إن سأل عن ذلك قبل أن يفعل رأيث الصدقة خيراً له.

وقال مالك : الصدقة أفضل من العتق.

وروي أن النبي عليه السلام قال : الصدقة شيء عجيب⁽³⁾ وصح أنه يبقى في العتق الولاء لورثته ولو حتى فعل وأنفذه لم يُردّ كان عتقاً أو غيره / قال : والعتق أحب إليّ من الحج وإن كان صرورة⁽⁴⁾، ولو كان حياً كان الحج أولى به.

قال أصبغ : وهذا الإستحباب فيما يتطوع به أهل الميت عنه، فأما في وصيته لو أوصى بعتق بعينه ومحنة كبُدّي العتق عندي وإن كان صرورة، وقد اختلف فيه قول ابن القاسم ويبدأ الحج في الرجل الصرورة على عتق بغير عينه

(1) البيان والتحصيل، 12 : 425.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 425.

(3) لم نعر عليه هذا اللفظ إلا أننا إذا قابلناه بفضائل الصدقة وأنواعها لوجدناه مطابقاً لأهداف الإسلام ويتلخص ذلك في قوله ﷺ : « كل معروف صدقة » (رواه البخاري في الأدب ومسلم في الزكاة).

(4) الصرورة والصارورة : من لم يتزوج أو لم يحج.

وعلى الوصايا وإن كان الحج تطوعاً قاله مع العتق بغير عينه والوصايا وقد قال أيضاً أصبغ : كل ذلك على الحصاص يريد إلا في العتق بعينه.

في الوصي هل يكشف عمّا أنفذ من عتق وغيره وعمّا بيده؟

من العتبية⁽¹⁾ ابن القاسم وذكره ابن عبدوس من رواية ابن وهب وابن نافع وهو في كتاب ابن المواز : فيمن أوصى بعتق وبشيء في السبيل وغير ذلك. قال في العتبية⁽²⁾ : يعتق وبأن يحمل عنه في سبيل الله، قال في هذه الكتب : وأسند ذلك إلى وارث فطلب باقي الورثة أن ينظر في ذلك، فإن كان الوصي وارثاً فلباقى الورثة أن ينظر في ذلك ويكشف عنه الوصي وإن لم يكن وارثاً فلا يكشف عن شيء إلا عمّا يبقى للوارث نفعه من العتق الذي لهم ولاؤه زاد ابن نافع عن مالك في المجموعة : إلا أن يكون الوصي سفيهاً مارقاً فليُكشَفَ عن ذلك كله فربّ وصيّ لا يُنفذ من الوصية / شيئاً، وكذلك في كتاب ابن المواز عن مالك وقال : فإن لم يكن الوصي وارثاً ولا سفيهاً فليس للورثة كشفه إلا عن العتق، وفي العتبية رواية أشهب عن مالك مثل ما روى ابن وهب وابن نافع سواء وقال : فإن كان الوصي محتاجاً فلا يأخذ من ذلك شيئاً.

ومن المجموعة والعتبية⁽³⁾ روى أشهب عن مالك وقال مالك : إذا أوصاه أن يضع ثلثه حيث أراه الله ففعل فأراد الورثة كشفه حيث وضعه وقالوا لعلك لم تُنفذه، فإن كان الوصي وارثاً فذلك لهم وعليه البينة بإنفاذه وإلا ضمّن، قال عنه ابن القاسم : لنا في الورثة أن يقوموا ويدخلوا معه حتى يُنفذ ذلك، قال في الرواية الأولى : وإن لم يكن الوصي وارثاً فلا يعطي منه قرابته إلا بوجه الاجتهاد ولا يكتم

(1) البيان والتحصيل، 13 : 423-455.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 423.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 455.

عن الورثة ما أنفذ، ويفترق ما قَدَّمَ من ذلك وما كان قريباً وليُعرفهم بالقرب أن ما قرب يُعرف ويُذكر ولا يُكلَّف ذلك فيما قَدَّمَ وهم أغفلوا ذلك.

ومن العتبية⁽¹⁾ رواية ابن القاسم عن مالك نحوه في الوارث وغير الوارث على ما تقدم سواء قال : ولا يأخذ منه لأقاربه وخاصته إلا أن يكون لذلك وجه، وليس له أن يكتم عمله عنهم ولا يمين عليه في ذلك. قال في كتاب ابن المواز وقاله أصبغ قال : إلا أن يكونوا صغاراً فعليه إذا كبروا أن يُعلِّمَهُمْ لأن ذلك من القضاء لنفسه والجر إليها، ولو كان بعضهم كباراً ففعل عن ذلك حتى كبر الصغار فلا كلام لواحد منهم كما لو قام الكبار يوم العقد يوم أنفذ / فلا قيام للصغار إن كبروا لأنه أمر طاهر. قال مالك : ولا يأخذ هو منه شيئاً لنفسه ولو احتاج.

94ظ

قال أشهب عن مالك : إن لم يكن الوصي وارثاً فلا يكشف عن الصدقة ولا عن غيرها إلا عن العتق وإن كان وارثاً فلهم كشفه على كل حال.

ومن العتبية⁽²⁾ من سماع ابن القاسم : وعمَّن أوصى بولده وبما لهم إلى زوجته فتزوجت وخيف على المال ؟ قال : إن كانت لا بأسَ بحالها فلا يكشف وإن خيف من قِيلَها كشف ما قِيلَها وهذا في باب الوصية إلى غير العدل.

وروى أشهب عن مالك : في مكاتبٍ أوصى إليه سيده بولده ثم أراد الولد أن يكشفه عما في يديه وعما ربح فيه وهو عند الناس لا يأمر به ؟ قال : ليس ذلك عليه. وقال له مالك : أليس ما في يدك لهم معروف ؟ قال : نعم ولكنهم يرون أن تُعلِّمَهُمْ به وبما ربح قال : ما ذلك عليك، قال له : إنني غلام مُولَّد ولدتُ في اليمن قد علم ذلك سيدي فإذا كتبتُ شيئاً كتبتُ : فلان بن فلان مكاتبُ فلان، قال : لا بأسَ.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 455.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 444.

فيمن أوصى أن فلاناً مُصَدِّقٌ فيما يذكر أن عليه من دَينٍ
أو قال ما ادعى عليّ فلانٌ فأعطوه
أو من ادعى من كذا إلى كذا فأعطوه

من كتاب ابن حبيبٍ قلتُ لأصْبَغَ : فيمن قال عند موته عليّ ديونٌ وفلان
مولاي (أو أبي) يعلم أهلها فمن سَمَّى أن له عَلَيَّ شيئاً فأعطوه، فإنه عندنا عن
ابن القاسم : أنه كالشاهد إن بان / عدلاً حلف معه المدعي وأخذ. قال :
ما هذا بشيءٍ ولا أعرفه من قوله ولكن يُصَدِّقُ من جعل الميثُ التصديقُ إليه كان
عدلاً أو غير عدلٍ، كقول مالكٍ : فيمن قال : وصيّتُ عند فلانٍ فما أخرج فيها
فأنفذوه أن ذلك نافذٌ وما استثنى مالكٌ عدلاً من غير عدلٍ، وذلك سوى ما لم
يُسَمَّ من يَتَّهم عليه تهمة بينة من أقاربه ممن هو كنفسه.

وروى عيسى في العتبية⁽¹⁾ عن ابن القاسم : أنه كالشاهد في سؤاله فما
شهد به على ابني من دَينٍ فهو مُصَدِّقٌ قال : فإن لم يكن عدلاً أو نكل الشهود
عن اليمين فلا شيء له إلا قَدَرَ نصيبه من ذلك إن لم يكن سفيهاً.

قال أصْبَغُ في كتاب ابن حبيبٍ : وهو أيضاً كقول مالك في الذي قال من
ادَّعى على [أقل]⁽²⁾ من عشرين ديناراً فاقضوه بلا بينة إنه جائز ولم يَقُلْ إن كان
عدلاً ولا يُزَادُ من ماله على أكثر من عشرين إلى ما دون. قال ابن القاسم :
فليتحصوا في العشرين فقط إذا ادعى كل واحد منهم أقل من عشرين، ومن
ادعى العشرين فلا شيء له إلا ببينة.

وكذلك في العتبية رواية عيسى عن ابن القاسم عن مالك من أول المسألة إلا
أنه قال : يخاصصُ من ادعى العشرين. قال في الكتابين : ولا يدخل في الحصص
من ادعى أكثر من عشرين ولا شيء له ولا يعزل هذه العشرين فلا يجعل فيها حتى

(1) البيان والتحصيل، 12 : 466.

(2) كلمة أقل غير موجودة بالأصل زدناها للملاءمة الموضوع.

يعلم من يدعي شيئا وليكن ذلك ولا يُفسّر، وذكرها ابن سحنون عن مالك من أول / أولها كما روى عيسى قال : ويعزل العشرين من رأس ماله، فكل من ادعى من عشرين إلى ما دونها تحاصّوا فيها.

95ظ

قال محمد بن سحنون وبلغني عن ابن القاسم أنه قال ومن ادعى عشرين كاملة فلا شيء له لأن مخرج إقراره على وجه التفرقة من ادعى من ها هنا وها هنا ثم ذكر ما في المسألة ومثل ما ذكر ابن حبيب عن ابن القاسم : أن من له بينة مبدأ على هؤلاء.

قال ابن القاسم في كتاب ابن حبيب : ومن له بينة فهو مبدأ على أصحاب العشرين. قال عنه محمد بن خالد في العتبية⁽¹⁾ : من ادعى مثل ما قال أُعطي ذلك مع يمينه وذلك في كتاب ابن المواز وقال : والعشرون⁽²⁾ من رأس المال. ومن ادعى أكثر من عشرين فلا شيء له وإن ادعى واحداً وعشرين وآخر أحد عشر تحاصّوا ولا يُزاد على عشرين.

قال ابن حبيب قال أصبغ : وأما إن قال : من ادعى عليّ ديناً فحلّفوه وأعطوه بلا بينة أو قال بلا يمين ولا بينة ولم يُؤقّت للدين زماناً فهذا يكون من ثلثه بخلاف الذي وقّت العشرين وكأنه أقرّ بالعشرين لمن لا يعرف فهي من رأس المال.

وأما إن لم يُؤقّت وأمر بتصديق كل من ادعى فهذا من الثلث، وقضى به ابن وهب قاضي سليمان بن عبد الملك قال : وأما إن قال : من ادعى عليّ من دينار إلى عشرين فاقضوه مع يمينه بلا بينة فهذا من الثلث بخلاف مسألة مالك الذي قال فيها : من ادعى عليّ من كذا إلى كذا فصدّقه وهذا المؤقّت هو من رأس المال لأنه لم يقل كل. وهو أحسن ما سمعت.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 466.

(2) في الأصل والعشرين بالياء لا بالواو.

وسن العتبية⁽¹⁾ / روى ابن القاسم عن مالك : فيمن قال أَدَايْنُ فلاناً وفلاناً⁹⁶ فما ادَّعوا عليّ فهم مُصَدِّقُونَ قال : يُعْطَوْنَ ما ادَّعَوْا بلا يمين. وقال مالك أيضاً : ولو قال لفلان عليّ أربعون وهو مُصَدِّق فيما قال فادعى خمسين قال : يحلف ويأخذ خمسين وكذلك في كتاب ابن المواز.

قال أصبغ في العتبية⁽²⁾ عن ابن القاسم : وإذا أوصى فقال : كنتُ أعامل فلاناً فما ادعى عليّ فأعطوه قال : يُصَدِّق في معاملة مثله وأراه ذكره عن مالك. قال ابن القاسم : ويكون من رأس ماله وليس الناس في قلة المال وكثرته سواء. وإن ادعى ما لا يشبه بطلت دعواه فلم يكن في ثلث ولا رأس مال. وقال أصبغ : يبطل ما زاد على ما يشبه معاملة مثله.

وسن كتاب ابن المواز قال مالك : وإذا أوصى أن يُصَدِّق شريكي فهو يعلم مالي فما دفع إليكم فصدقه فرفع إلى السلطان عيناً فقسمه معهم ثم أقام عشر سنين يتقاضى كل ما اقتضى قسّمه معهم ثم كبر الورثة فأرادوا يمينه على ما قبض فإنه يكشف أمره فإن كان صحيحاً لم يحلف وإن كان على غير ذلك حلف.

قال أبو زيد عن ابن وهب : فيمن أوصى أن لفلان عليّ شيئاً⁽³⁾ فهو فيه مُصَدِّق قال : سمعتُ أن بعض الخلفاء كتب أن يُعْطَى ما ادعى من الثلث فقلتُ إن عليه ديناً⁽⁴⁾ ولا ثلث له، قال : فلا شيء لهذا. وذكر ابن المواز عن ابن وهب مثله. وذكر مثله ابن حبيب عن أصبغ عن ابن وهب : في الذي قال : ما ادعى / على بنو أبي خالد فأعطوهم وما أقرؤا لي به فلا تأخذوا منهم غيره قال : قضى ابن موهب⁽⁵⁾ أن يجاز قوله إلى مبلغ الثلث فما زاد ففيه البيّنة والأيمان. قال ابن حبيب وقال لي مطرف وابن الماجشون مثله.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 466.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 466.

(3) في الأصل، إن لفلان عليّ شيء والصواب ما أثبتناه.

(4) في الأصل، إن عليه دين والصواب ما أثبتناه.

(5) كذا في الأصل، والغالب أنها محرفة عن ابن وهب.

**في شهادة الوصي في الوصية واليتامى
وشهادة من أوصى له فيها بشيء
وفي الوصية يقوم عليها شاهد واحد
وهل يُنْقَضُ الوصِّي ما علم من دَيْنٍ أو وصية؟**

من العتبية⁽¹⁾ روى ابن القاسم عن مالك : فيمن أسند وصيته إلى ثلاثة نفر مع امرأته وأحدهم غائب فشهد الحاضران على وصيته وقد أوصى لهما فيها بشيء قال : إن كان تافها لا يُتَّهَمَانِ عليه جازت شهادتهما إن كانا عدلين.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك : وإن شهد وصيان أن الميت أوصى إلى فلان معنا فذلك جائز. قال أشهب : فإن لم يقبل لم يكن ذلك عليه إلا أن يكون في شهادتهما أنه قبل وهو يُنْكِرُ فينظر فإن اتَّهَمَا أنهما أرادا التخفيف عنهما فيما لا يقدران عليه ويكرهان لم تجز شهادتهما وإن لم يُتَّهَمَا جازت وكان وصيًا معهما وإن كره. قال عنه أشهب : لا تجوز شهادة الوصي لمن يلي عليه. وقال أيضا : إذا كان في شيء يجره إليهم. وقال أيضا : فيما يجر إلى نفسه. قال محمد : يريد : مما لو حكم به كان هو القابض له. ورواه ابن القاسم عن مالك. وأما فيما لا يلي / قبضه من ماله في الوصية فذلك جائز. وروى عنه أشهب في العتبية⁽²⁾ وكتاب ابن المواز : في الوصية يقوم عليها شاهد واحد فلا يحلف الوصي معه ولينظر السلطان في الوصي فإن رأى أن يقيمه لأمانته فعل، وأما الوصي له فيها فيحلف مع الشاهد.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم : فيمن أوصى رجلين أن يزوجا ابنته فزوجاها بعد موته فأنكرت الابنة أن يكون الأب أوصى بذلك إليهما فلا تُقْبَلُ شهادتهما بعد النكاح، ولو شهدا قبل النكاح جازت شهادتهما وإن رضيت ما صنعا ولم تنكره فالنكاح جائز.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 470.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 17.

ومن كتاب ابن المواز قال أشهب عن مالك : في صغير يوصى له بدنانير فلم يشهد بذلك إلا الوصي فإن خفي للوصي دَفْعُ ذلك فليفعل وكذلك لو رفع إلى الإمام فلم تُقْبَلْ شهادته فله دفعها إن خفي له. قال محمد : ولو كان كثيراً لحلف وأخذ ولو كان ذلك يُوقَفُ للصغير حتى يكبر فيحلف لكان يتهم الوصي في بقاء ذلك بيده إلى بلوغه.

قال أشهب عن مالك : فيمن هلك وقد علم ابنه الكبير أن لامرأة ماتت عند والده جهازاً لها ولغيرها وقد أوصى بذلك فاعتلت وصيته فهل يأخذ من مال إخوته الأصاغر ما يقضي به دَيْنُ أبيه الذي قد علمه ؟ قال : فلا يفعل. وصايا 4

قال ابن حبيب قال أصبغ : في الميت يشهد وصيه أن ثلثه صدقة ولا يُشْهَدُ غيره قال : إن خفي له وأمن إذا أخرجه فليفعل ولا إثم عليه بل ذلك عليه واجب وقد قال / أشهب : إذا علم أن على الميت ديناً⁽¹⁾ وهو لا يخاف عاقبة فعله أن يؤدِّيَه من تركته وكذلك ما سألت عنه من الوصايا والديون والحقوق، ولو علم أن في تركته [عبداً أمر أن يعتق عليه]⁽²⁾ في رأس ماله أو في ثلثه، إن عليه أن يمهله ولا يعرض له ببيع ولا خدمة ولا بغيرها وكذلك الوارث فيما علم من هذا كله وأشهده عليه الميت. وهذا الباب مثل معناه في كتاب الشهادات.

**فيمن قال : فلان وصي ولا يزيد على هذا
أو يوصي إليه بشيء يخصه به أو إلى مدة يذكرها
وذكر وصي الوصي وذكر الوصيين وموت أحدهما**

من كتاب ابن المواز قال مالك : ومن قال : فلان وصي فقد بالغ في الإيصاء ويكون وصياً على كل شيء كمن سُمِّيَتْ له الأمور.

(1) في الأصل، دين والصواب ما أثبتناه.

(2) كتبت في الأصل على الشكل التالي (عيد آخر يعتق عليه).

ومن المجموعة مثله في رواية ابن نافع وقاله ابن القاسم وأشهب قالاً : ويقوم مقامه في كل شيء وفي بضع بناته وإنكاح صغار بنيه. قال أشهب : وفي كل ما كان يليه في حياته وفيما كان يلي من وصايا الناس، وقاله مالك.

من المجموعة قال ابن القاسم وأشهب : وإذا قال : فلان وصي على ولدي كان إليه فيهم جميع الأمور من مال وغيره كمن سميت له الأمور.

وقال ابن كنانة : فيمن أوصى إلى رجل ببيع بناته ثم ولدت له بنت بعده إنها داخله في ولايته.

قال ابن المواز قال ابن القاسم وأشهب : وإذا أوصى إليه / بما له فهو وصي⁹⁸ على ماله وولده، وزاد أشهب في المجموعة : إلا أن يقول : أوصيت إليه بمالي وليس من ولدي في شيء فيكون إليه من أمور ولده ما كان بسبب المال من بيع وشراء أو إنفاق وغيره، ويكون الإنكاح وغيره إلى غيره من أوصيائه، فإن لم يكن له بذلك وصي فإنهم إن احتاجوا فيه إلى إنفاق وصي أقامه لهم الإمام وإلا تركه إلى أن يحتاجوا إلى إنكاح وغيره فيجعل من يلي ذلك.

من كتاب ابن المواز قال ابن القاسم : فيمن أوصى بميراث بنت له صغيرة أن يدفع إلى فلان ؟ قال : فله أن يلي بضعها ولو رفع إلى الإمام فنظر فيه. قال مالك : في الذي أوصى إليه بتقاضي دينه وبيع تركته أنه إن زوج بناته جاز ذلك ولو رفع إلى الإمام كان أحب إلي.

وقال أشهب : له أن يزوجه ولا يرفع. وقال ابن القاسم إن شاء الله. ومن قال له أوصي فقال : ما لي مال وزوجتي وصيتي على ولدي ثم طرأ له مال بعد موته فهي وصيته وليدفع إليها وقد وصي إليها بما لم يكن ملك من أموره غيره فهي وصية في كل شيء حتى يتبين أنه خصها بالبضع خاصة بأمر يعرف.

قال ابن القاسم : هي وصية على ذلك كله، وقد يوصى إلى رجل بولده فيحدث لهم مال فيكون إليه أمره. قلت : فإن قال : فلان خليفتي على رقيق

ولدي وعلى رقيقي القائمين بأمور ولدي قال : فلا يكون وصياً إلا فيما يقوم به العبيد لولده، فأما في إنكاح / بناته وصغار بنيه فلا ولا أمر مما يجوز للوصي. ومنه ومن المجموعة قال أشهب : وإن أوصى إليه بماله العين ولا آخر بتقاضي دئنه فلا وصية للمتقاضي إلا على التقاضي خاصة فكل ما قبض فليدفعه إلى وصي العين.

ومن المجموعة قال ابن القاسم وأشهب : وإن قال : فلان وصي على تقاضي دئني وقضاء ما عليّ وفلان وصي على مالي وفلان على بضعة بناتي فهو كما قال أشهب وليس للذي جعله للقضاء والإقتضاء غير ذلك وللذي جعله وصياً على ماله بيع تركته وقبض الثمن ووصي البضعة ليس له غير ذلك، وإن أوصى إلى رجل ببعض ولده وبميراثهم وإلى آخر بباقي ولده وأموالهم قال : فلا يدخل أحدهما على الآخر فيما إليه وأستحسن للقاضي إن خاف منهما ضعفاً في الإنفراد أن يشركهما في الجمع كما إن حس ضعف وصي فعليه أن يشرك معه غيره فهذان أحق قال : والوصي إذا قال قد أوصيت بتركتي إلى فلان وما أنا عليه وصي إلى فلان فهو كما أوصى.

قال ابن القاسم : وإذا قال في [فلون غيب] ^(١) إن أول قادم منهم وصي فقدموا معاً فليختر منهم القاضي واحداً عدلاً لذلك.

ومن كتاب ابن المواز : إذا قال : فلان وصي حتى يقدم فلان فليعط ^(٢) الحاضر كل شيء البضعة وغيره حتى يقدم الغائب فيكون هو وصياً وحده.

ومنه ومن العتبية ^(٣) لأشهب عن مالك وذكره ابن عبدوس عن أشهب قال : وإذا أوصى إليه بولده وسماه لم يُسمَ أموالهم ولم يُسمَ / بنتاً له بكراً كبيرة معنسة فيمن سمى قال : ثم آخر قوله : وأموال ولدي كلهم إلى فلان فإن كانت التي لم يُسمَ أهلها أن تلي نفسها الآن دفع إليها مالها وإلا كان بيد الوصي.

(١) كذا في الأصل وفلون : جمع فلان.

(٢) في الأصل، فليعطى بغير حذف حرف العلة.

(٣) البيان والتحصيل، ١٣ : ٣٤.

ومن المجموعة قال ابن القاسم وابن وهب قال مالك : وصي الوصي كالوصي في البُضْع وغيره. ومن كتاب ابن المواز قال مالك : ووصي الوصي ووصي وصيه كالوصي في البُضْع وغيره، ولو أوصى إلى ميت ولم يعلم لم يكن وصيه له وصياً⁽¹⁾. وإذا مات أحد الوصيين عن غير وصية فأراد القاضي أن يجعل مع الباقي غيره إما لحاجته إلى معين لكثرة ما يلي وإما لأنه ليس بالبين في العدالة فعل وإلا لم أر أن يجعل معه أحداً، ولو أن الميت منهما أوصى إليه أو إلى غيره بما إليه من ذلك كان جائزاً.

في الوصي يقبل الوصية ثم يبدو له أو يقبل بعضها

من كتاب ابن المواز وابن عبدوس قال مالك : وإذا قَبِلَ الوصي الوصية في مرض الموصي أو صحته ثم بدا له ؟ قال ابن القاسم بعد موته فليس له ذلك ولو لم يقبلها حتى مات فإن ذلك إليه. قال أشهب : وكذلك إن قَبِلَ ذلك بعد موته فلا رجوع له فيه أو كان منه شيء يدل على قبوله من البيع لهم والشراء لما يصلحهم أو الإقتضاء أو القضاء عنهم أو غير ذلك فتلزمه الوصية. وإذا قبلها في حياته ثم بدا له في حياته فأعلمه أنه لا يقبل فذلك له لأنه لم يُعْزِهِ وهو / قادر 99 على أن يستبدل، وإذا أئى من قبولها في حياته وأباه أيضاً منها بعد مماته ثم أراد قبولها فليس ذلك إلا أن يجعله السلطان بحسن نظره.

ومن العتبية⁽²⁾ روى أصبغ عن ابن وهب : فيمن أوصى إلى رجل بوصيته وبما كان وصياً عليه فقبل وصيته في نفسه ولم يقبل ما كان عليه وصياً ؟ قال : فذلك له وليقم الإمام من يلي أمر الأول.

قال أصبغ : وصية الأول هي من وصية الثاني فإذا قبل الجميع أو ترك وإن قبل بعضاً فهو قبول للجميع.

(1) في الأصل، لم يكن وصيه له وصي.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 297.

وقال ابن حبيب قال أصبغ : في الرجل يُوكِّله السلطان بالنظر لليتيم فإنه إذا قبل ذلك منه فليس له أن يعتزل عن ذلك عُزْلَ ذلك السلطان أو لم يُعزَّل إلا أن يُزيله السلطان على وجه النظر ويؤتي غيره بحسن النظر وشبه ذلك.

في الوصية إلى غير العدل وإلى من يضعف عن الوصية أو إلى ذِمِّي أو صَبِيٍّ ووصية الكافل لليتيم

من كتاب ابن المواز قال مالك وأصحابه : لا يجوز للرجل الوصاية إلى غير المأمون العدل فإن فعل فليخلفه الإمام ويجعل مأموناً، ولا يجوز أيضاً إلى ذِمِّي وإلى حربيٍّ وهو أشد قاله ابن القاسم وأشهب. وقال ابن القاسم في بعض مجالسه : إلا أن يرى الإمام لذلك وجهاً، فإن رآه فلا يلي عقد نكاح البنات وليؤكِّل بذلك مسلماً، وأما بنت النصراني المسلمة فلا يُوكِّل بعقدها ولا رأيي له فيها.

ومن العتبية⁽¹⁾ / قال ابن القاسم : كره مالك الوصاية إلى اليهودي والنصراني وكان قد أجازاه قبل ذلك. قال ابن القاسم : وإذا كان على الصلَّة والرحم يكون أبوه أو أخوه نصرانيّاً أو أخواله فيصل بذلك رحمهم فلا بأس به وهو حسنٌ وأما لغير هذا فلا. قال عنه عيسى : فأما الأبعاد فلا يعجبني.

قال ابن المواز وابن عبدوس قال أشهب وابن القاسم : ولا يجوز أن يُوصيَ إلى صَبِيٍّ أو ضعيفٍ أو معتوه. قال في المجموعة : أو مأبُون، ولا يجوز ذلك من النصاري إلى بعضهم إذا كانوا بهذه الأحوال.

ومن المجموعة قال أشهب : وإذا أوصى مسلم أو ذِمِّي إلى امرأة أو أعمى فذلك جائز. ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب : ومن أوصى إلى محدود في قذف فذلك جائز إذا كانت منه فلتة وكان ممن يرضى حاله وإن لم يتزَيَّد حسن حال إذا كان يوم حُدِّ غير مسخوط فأما من حُدِّ في زنى أو سرقة أو خمر فلا يقع في مثل

(1) البيان والتحصيل، 12 : 477.

هذا من له ورع فلا يجوز الوصية إليه إلا أن تحدث له توبة ونزوع يُعَرَّفَ فضله فيه فتجوز الوصية إليه. قال : وتجوز وصية ذِمِّي إلى ذِمِّي لأنه على ملته.

قال في الكتابين : وإن أوصى ذِمِّي إلى حرَبِيٍّ لم يجوز وإن كان مستأمنًا.

قال ابن حبيب قال أصبغ عن ابن القاسم : في وصية المسلم إلى النصراني أو إلى غير هذا أرى أن يُفَسَّخَ إلا أن يكون قريبه أو موله أو زوجته ومن يُرْجَى منه حُسْنُ النظر لولده من أقاربه أو ولاته فأرى أن يجعل معه غيره / ويكون المال بيد المجمول معه ولا تُفَسَّخَ وصية الآخر، وقاله مطرف، وبه أقول.

قال ابن الماجشون : وإن أوصى ذِمِّي إلى ذِمِّي وفي تركته خمر وخنازير وغيره ما يستحلونه لم أمنعه قسمته بينهم - قاله مالك - وليس لرجل منع عبده النصراني من شراء الخمر والخنزير وأكل ذلك وشربه وإن اقتسم أهل الذمة الخمر قسطاً بقسطين ولا من الربا بينهم إلا أن يرابوا مسلماً فيُفَسَّخَ ذلك.

في عزل الوصي لما يحدث منه من تغيير

أو كانت امرأة فتزوّجت

وفي الوصيتين يُعزّل أحدهما

هل يجعل مع صاحبه غيره ؟

من كتاب ابن المواز ومن المجموعة قال أشهب وابن القاسم : وإذا شكّا الورثة أو بعضهم الوصي إلى القاضي فلا يعزله حتى تظهر له منه خيانة أو ضعف يدخل عليهم منه ما يدخل بالخيانة فيُعزّل ويُجَعَلْ غيره ويكون من يُجَعَلْ كوصي الميت في كل شيء.

ومنه ومن العتبية⁽¹⁾ ابن القاسم وابن وهب عن مالك : فيمن أوصى إلى امرأته فتزوّجت فخيّف على مال الأيتام هل يكشف ؟ قال : إن كانت لا بأس بحالها لم تُكشِفْ وإن خيف كشف عما قبلها.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 444.

قال ابن القاسم عن مالك في العتبية⁽¹⁾ وكتاب ابن المواز : وإن عزلت الولد في بيت وأقامت لهم خادماً وما يُصْلِحُهُمْ فهي أولى بهم أيضاً. قال في العتبية⁽²⁾ : وإن لم تفعل نُزِعُوا منها.

قال ابن المواز : قال ابن القاسم وأما المال فوجه / ما سمعتُ منه أن ينظر في حالها فإن رضي حالها وسيرها والمال يسير لم يؤخذ منها، محمد : ولم تكشف وإن كان المال كثيراً وهي مُقْلَةٌ وخيف من ناحيتها نزع المال منها. وقاله أصبغ، وهي على الوصية على كل حال إلا أن تكون مبرزة الأمر في إبقاء المال عندها بعد النكاح في الحزم والدين والعِرْزِ والستر فيَقَرُّ عندها. قال مالك : وإن قال الميث : فإن تزوّجتْ فانزِعُوهُم منها فأرادت النكاح فإن عزلتهُم في مكان عندها مع خادم ونفقة فهي أولى بهم وإلا نُزِعُوا منها. محمد : لأن الميث لم يَقُلْ إن تزوّجتْ فلا وصية لها إنما قال يُنْزَعُوا منها، فالوصية لها قائمة بعدُ فإن عزلتهُم في عِرْزٍ وكفاية لم يؤخذوا منها، وأما المال فقد فَسَّرَ ابن القاسم أمره حسناً.

ومن العتبية⁽³⁾ من رواية أشهب عن مالك : إذا تزوّجتْ ولها صبيّة صغيرة قال : إن المرأة إذا تزوّجتْ غَلِبَتْ على أمرها فما أخوفني أن يُنْزَعَ منها والأولياء يقولون كيف يدخل عليها رجل ولا أرى أن تُدْخَلَ عليها رجلاً.

وروى عنه أشهب في يتيّم له وصيان صار على أحدهما من غَلْتِهِ ثلاثون⁽⁴⁾ ديناراً يُقَالِسُ بها ولليّتين اثنتين وعشرون ديناراً غَنِيّاً ودار كراؤها خمسةً دنانير فأراد اليّتين سكنى مسكن منها كراؤه ديناراً فقال وصيّه الآخر إنّي أكرّي لك غيره بخمسة دراهم قال : إن كان نحو منزله وقريباً منه ومن مسجده وفي عمران فذلك له وإن كان بعيداً من منزله ومسجده وفي خراب فليس ذلك له / وليعزل الوصيّ الذي أخذ المال وتفالس إذا كان يجعل ثقةً مكانه قيل : فإن الثاني ثقة قال : فلا يدخل عليه أحد إلا أن يخاف أن يضعف عن ذلك وحده.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 440.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 455.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 51.

(4) في الأصل، ثلاثين ديناراً.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك : وإذا عزل أحد الوصيين لخيانة فلا يجعل مع الآخر غيره إلا أن يَضْعُفَ.

في المسلم يوصي إليه الذمّي أو مسلم خبيث المال وفي الذمّي عليه دين لمسلم وفي تركته الخمر وشبهه أو مال غصب

من كتاب ابن المواز والمجموعة ذكر قول مالك : في الذمّي إذا أوصى إلى مسلم إذا لم يكن في التركة خمر أو خنازير وأمر أن يُؤخَذَ بالجزية مثل ما في المدونة ثم قال : وقال أشهب : ولا بأس بقبول وصيته وإن كان في التركة خمر وخنازير ولا يكون له في ذلك وصية وهو وصي فيما يجوز أن يليه وإنما أكره له قبوله وليس بالبين في الكراهية في موضع يخاف أن يكون على الذمّي جزية يؤخذ بها فلا أحب له قبولها فإن قبلها جاز وليس له أن يرجع عنه.

قال ابن حبيب قال مطرف عن مالك : وإذا أوصى ذمّي إلى مسلم وفي التركة خمر وخنازير فلا يؤكل المسلم ذمّيّاً. يبيع ذلك وليقبل من وصيته ما يجوز له ويدع ما سواه، ولو أسلم بعض ولد الميت النصراني فليقاسم الخمر والخنازير. قال أبو محمد : يريد مع إخوته ثم يهرق الخمر ويقتل الخنازير ويُعَيَّبُ جيفها وليفعل ذلك المسلم بما / يجده في تركه عبده النصراني من ذلك.

102و

قال مطرف : ولو كان على الذمّي دين للمسلمين ووصية ذمي فليبيع الخمر والخنازير ويقضي دينه وإن لم يوص إلى أحد فليأمر الإمام أحداً من أهل دينه بذلك، وقد أجاز مالك للمسلم أن يقبض دينه من الذمّي من ثمن الخمر.

قال : ولا يقبض دينه من النصراني من الغصب مثل أن يكون متسلطاً بالسلطان على غصب أموال الناس فلا يأخذ دينه من هذا إلا أن يريد أن يتصدق به ويكون ممن لا يقتدى به فليفعل ذلك خير من تركه، وإن كان ممن يقتدى به

فلا يفعل وكذلك من المسلم الغاصب كولاة الظلم. وقال لي أصبغ مثله كله من أول المسائل ورواه عن ابن القاسم.

قال مطرف قال مالك : ولا أحب لمُسلم شراءَ طعامٍ من ذميّ [قبل أن يقبضه] ⁽¹⁾ الذميّ من بائعه منه ولو كان مشتريه منه ذميّاً ⁽²⁾ لم أعرض له إلا أن يتحاكموا إلينا فيختار الحاكم الحكم بينهم.

قال ابن القاسم وابن وهب عن مالك في العتبية والمجموعة : فيمن له قريب يلي عملاً للسلطان وما اطلع منه على أمر يكرهه ولكن يتهمه بأمر يلابسها فيوصي إليه بولده أترى أن يليهم ؟ قال : لا بأس بذلك وأستحسنه، وذكره أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز.

فيمن أوصى إلى زوجته أو إلى عبد أو مكاتب له أو لغيره أو أوصى بولده إلى جدته وأوصى لها بنفقة

من كتاب / ابن المواز والعتبية ⁽³⁾ قال مالك : قد أوصى عمر بن الخطاب ^{102 ط} إلى حفصة وأراه فعل ذلك لمكانها من رسول الله ﷺ ⁽⁴⁾ قال مالك : لا بأس أن يوصي الرجل إلى زوجته وإلى عبده وقد أوصى غير واحد إلى عبده ممن وجد فيه خيراً ولتوكل المرأة والعبد بالبضع غيرهما. وتقدّم في باب آخر فيمن أوصى إلى زوجته فتزوجت.

قال مالك في الكتابين وفي المجموعة : فيمن أوصى بولده إلى عبده فذلك جائز إن كانوا كلهم يؤمّنون عليهم، وقاله أصحابه.

(1) في الأصل، قبل يقبضه بدون أن.

(2) في الأصل، ذمي والصواب ما أثبتناه.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 39.

(4) انظر الجزء الرابع من الإصابة لابن حجر فقد جاء فيه أن عمر أوصى إلى حفصة وأنها أوصت إلى أخيها عبد الله بما أوصى به إليها عمر وبصدقة تصدقت بها في الغاية.

قال سحنون في المجموعة : إذا كان الولد كلهم منوا⁽¹⁾ فيما يتكلف لهم العبد فيكون على قدر موارثهم منه.

قال مالك فيه وفي كتاب ابن المواز : فإن كان فيهم أكابر قوم حظهم على الأصاغر ثم من بلغ قوم حظهم على من بقي.

قال ابن القاسم وأشهب : إذا كان ما لهم محمل⁽²⁾ لذلك وطلب الأكابر البيع فإن لم يكن لهم باع معهم من يليه الإمام على الصغار إلا أن يشاء الكبار بيع حظهم شائعاً.

قال ابن حبيب قال أصبغ عن ابن القاسم مثله وقال : فإن بيع وجعل القاضي عليهم غيره ثم عتق لم يرجع عليهم إلا أن يرى القاضي لذلك وجهاً فيجعله ابتداءً لا بالوصية الأولى، وكذلك لو غزل المسخوط ثم حسنت حاله ورأى أن يجعله نظراً بأمر يتديه فيه لا بالوصية الأولى فعل.

قال أصبغ / : وأنا أستحسن في العبد أنه إن بيع بموضع فيه اليتامى مقيمون¹⁰³ أن يقر الوصية له إن كان في ذلك نظر لهم.

ومن المجموعة قال سحنون : إنما قال مالك قولاً مسجلاً في إجازة وصيته إلى عبده وإنما هو على ما قلت لك، فإذا كان فيهم كبير فتهي وصية لوارث فإن أجازها الكبار وإلا بطلت. وقاله عبد الملك وقال : ويبيع حينئذ. قال ابن كنانة : إذا أجاز الكبار أن يلي ولا يشغلوه عنها جاز ذلك وإلا اشترى للأصاغر حظ الأكابر.

ومن كتاب ابن المواز قال أشهب : وإذا استخلص للأصاغر لسيعة ما لهم فكل من بلغ منهم اشترى حظه لمن بقي حتى يكون إذ ذلك لمن بقي مضرباً بهم لقلة ما لهم من منفعته وكثرة ثمنه فلا تقويم عليهم ويبقى بينهم، فإذا شاء الكبار

(1) كذا في الأصل.

(2) في الأصل، إذا كان ما لهم محمل.

الْبَيْعِ بَيْعَ كُلِّهِ وَأَقَامَ لَهُمُ الْإِمَامُ غَيْرَهُ. وَقَالَ لِي مَالِكٌ وَاللَّيْثُ : فِي الْمَوْصِي إِلَى عَبْدِهِ أَنَّهُ يُقَوِّمُ عَلَى الْأَصَاغِرِ قِيَمَةَ عَدْلِ كَوْصِيَّتِهِ بَعْتَقَهُ، وَقَدْ ذَكَرْنَا قَوْلَ سَحْنُونٍ فِي هَذَا.

وَمِنَ الْعَتَبِيَّةِ (1) وَكِتَابُ ابْنِ الْمَوَازِ قَالَ أَشْهَبَ عَنْ مَالِكٍ : فَيَمْنُ أَوْصَى إِلَى أَخِيهِ مَعَ عَبْدِهِ فَطَلَبْتُ الزَّوْجَةَ بِيَعِهِ وَقَالَتْ : ثَمْنُهُ ثَلَاثَةُ آلَافٍ دِينَارٍ ؟ قَالَ : يَخْرُجُ إِلَى السُّوقِ فَيَقْرُومُ (2) قِيَمَةَ عَدْلِ فَتُعْطَى الْمَرْأَةُ ثَمْنُهَا وَيَسْتَخْلَصُ لِمَنْ بَقِيَ كَمَا لَوْ أَوْصَى بَعْتَقَهُ وَكَأَنَّهُ اشْتَرَاهُ لَهُمْ. قَالَ فِي الْعَتَبِيَّةِ (3) وَكِتَابُ ابْنِ الْمَوَازِ وَقَالَ لِي اللَّيْثُ. قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ وَكِتَابُ ابْنِ الْمَوَازِ وَقَالَ أَشْهَبَ : وَإِنْ أَوْصَى إِلَى مُكَاتِّبِهِ فَذَلِكَ جَائِزٌ وَلَيْسَ / فِيهِ تَقْوِيمٌ عَلَى مَنْ بَلَغَ مِنْ يُوَلِّي إِلَّا أَنْ يَعْجَزَ.

103 ط

قَالَ فِي الْمَجْمُوعَةِ : فَإِنْ أَوْصَى إِلَى أُمِّ وَلَدِهِ أَوْ مَدْبَرِهِ أَوْ عَبْدٍ لَهُ أَوْ مَعْتَقٍ إِلَى أَجَلٍ فَذَلِكَ جَائِزٌ. قَالَ سَحْنُونٌ : أَمَّا الْعَتَقُ إِلَى أَجَلٍ فَلَا يَجُوزُ إِلَّا بِرَضَى الْأَكْبَرِ لِأَنَّهُ يَشْتَغِلُ عَنْ خِدْمَتِهِمْ.

قَالَ عَبْدُ الْمَلِكِ : وَإِذَا أَوْصَى إِلَى عَبْدِهِ بَوْلَدِهِ ثُمَّ هُوَ حُرٌّ وَلَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْوَلَدِ فَطَلَبُوا الْخِدْمَةَ فَإِنْ كَانَ مِثْلُهُ يَخْدُمُ تَخَادُمَهُ وَإِنْ كَانَ لَا يَصْلُحُ لِلْخِدْمَةِ كَالْعَبْدِ التَّاجِرِ وَالْأَمَةِ الْفَارَهِةِ وَفِي الْوَرِثَةِ كَبِيرٌ لَا يَخْدُمُ مِثْلَهَا مِثْلُهُ فَلَا حَقَّ فِي الْخِدْمَةِ لِمَنْ ذَكَرْنَا، لِأَنَّ هَذَيْنِ لَنْ يَرَادَ مِنْهُمَا الْخِدْمَةُ وَلَكِنْ الْأَمَانَةُ وَالتَّنْذِيرُ وَالْوَلَايَةُ وَإِنْ لَمْ يَرِثْهُ غَيْرُ الْوَلَدِ مَضَى ذَلِكَ بِكُلِّ حَالٍ.

قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ مَالِكٍ : فَيَمْنُ أَوْصَى بَعْتَقَ عَبْدِهِ وَأَوْصَى أَنْ يَحْضَنَ ابْنَيْنِ لَهُ صَغِيرَيْنِ حَتَّى يَبْلُغَا بِكَذَا وَكَذَا كُلِّ شَهْرٍ فَلْيَنْظُرِ الْإِمَامُ فِي ذَلِكَ، فَإِنْ رَأَى أَنْ يَجِيزُهُ جَازَ لِأَنَّ الْوَرِثَةَ يَقُولُونَ بِمَاذَا أَخَذَتْ ثَلَاثُ أَيْنَا ؟

(1) الْبَيَانُ وَالتَّحْصِيلُ، 13 : 38.

(2) فِي الْأَصْلِ، فَيَقَامُ.

(3) الْبَيَانُ وَالتَّحْصِيلُ، 13 : 310.

ومن كتاب ابن المواز والمجموعة قال ابن القاسم وأشهب : وإذا أوصى إلى عبد غيره فذلك جائز إن أجازاه السيد ثم ليس له بعد أن يجيز رجوع إلا بعدد من بيع أو سفر أو نقلة منه أو من العبد إلى غير الموضع الذي الورثة فيه فيقيم لهم الإمام غيره.

ومن العتبية⁽¹⁾ ابن القاسم عن مالك : فيمن أوصى بابنه إلى أمه وأوصى أن يُنْفَقَ على الأم فإن كانت محتاجة والولد صغيراً وهي تلي مؤنته وحضانه فليُنْفَقَ عليها - يريد من مال الولد - قال : وإن كانت مليئة وكان / ذلك أرفق بها في حضانتها وقيامها ولو نزع منها كلف له مَنْ يقوم بذلك فليُنْفَقَ أيضاً عليها من مال الولد وكأنه لا يرى لها نفقة إلا في صغره ثم رجع فقال لا يُنْفَقَ عليها في ملائها فإن شاءت أقامت أو ذهبت، وهو رأيي.

104 و

في وصية الأم بولدها وبماله ووصية الجد والأخ وذوي القربات وولاية الأب الكافر

من المجموعة ونحوه في كتاب ابن المواز قال ابن القاسم : لا تجوز وصية الأم بمال ولدها إن كان لهم أب أو وصي، فإن لم يكن فأجازها مالك في المال القليل استحساناً وليس بقياس ولم يجزه في الكثير قال : وليقيم⁽²⁾ له السلطان من يراه.

قال مالك : ووصي الأم كأجنبي لا يجوز من صنيعه شيء ولا يكون وصياً إلا فيما ينفذ من وصاياها. قال ابن المواز : ولو كانت وصية جاز إيصاؤها بمالهم ثم لو صيها أن يزوج ويصنع ما يصنع الوصي، ومن الكتابين على تقارب المعنى. قال ابن القاسم : ولا تجوز وصية الجد والأخ والعم قل المال أو كثر وإنما استحسنته مالك في الأم في المال القليل وهي أقوى حالاً في ولدها من هؤلاء. وقال

(1) : البيان والتحصيل، 12 : 454.

(2) في الأصل، وليقيم له السلطان من يراه.

أشهب : لا تجوز وصاية الأم ولا الجد والأخ بالولد ولْيُنَزَّعَ المال من وصي الأم إلا أن يتقدم ويتداوله السلاطين فلا يُنَزَّعَ منها لأنه قد صار وصياً وجرى ذلك على يديه، والأخ والجد والعم أقوى عندي فيه من الأم لأنهم عصبية، والجدُّ كان أولاهم في الأبوة ولكن ليس ذلك لهم ولكن السلطان ينظر، فإن رضي / من أوصى إليه ¹⁰⁴ ط أقره وكان أولى وإلا عزله، ومن كان منهم وصي بوصية وصي قام (كذا).

ومن الكتابين قال ابن القاسم وأشهب : والأب الكافر لا يجوز أن يُقَاسِمَ على ابنته البكر المسلمة وما له من ولايتها من شيء في بُضْعٍ ولا غيره.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك : ومن أوصى لبني ابنته وأوصى بهم وبما أوصى لهم به إلى امرأته فذلك جائز وليس لأبيهم أخذه من زوجته وإن كان عدلاً ويبقى بيدها بخلاف إيصاء الأم والجد في مال الولد من ميراثه وغيره. قال أبو محمد : يريد لأنه وهبه له على أن يلي حيازته غير الأب فله شرطه.

في أفعال الوصيين وهل يقسمان المال ؟ وهل يبيع أحدهما دون الآخر ؟ أو يوصي أحدهما إلى الآخر ؟

من كتاب ابن المواز وهو في المجموعة من رواية ابن القاسم وابن وهب عن مالك : في الأوصياء يريدون قسمة المال، قال في كتاب ابن المواز : العين وغيره إنا لَنُكْرِهَ ذلك وليكن عند أعدهم وبلي هو النفقة، قال عنه ابن القاسم : فإن اختلفوا طبعوا على ذلك ولا يقسم. قال في كتاب ابن المواز : وجُعِلَ عند غيرهم، قال عنه ابن وهب : ولا ينفرد أحدهم وليتعاونوا في قيامهم والمال عند أحدهم. قال عنه : فإن ائتموا نزع منهم إلى يد عدل. وكذلك في كتاب ابن المواز قال ابن عبدوس قال عليُّ عن مالك : إن لم يجتمعوا على كونه عند أحدهم نُزِعَ منهم. قال عليُّ : وأعجب / إلَيَّ أن يقسموه إن تشاحوا ولا يُنَزَّعَ منهم.

قال أشهب في الكتابين : في الوصيتين : أكره لهما قسمة المال وليكن بيد أعدلهما، فإن اقتسماه أو اتكل فيه أعدلهما على صاحبه ولا بأس به عنده لم يضمناه، فإن اختلفا جعله السلطان عند أعدلهما، فإن استويا أو تقاربا فعند أكفئهما وأحرزهما وأنجاهما من الظنون إما بغفلة أو عوار منزل أو بحاجة غالية وقال ابن القاسم نحوه.

قال أشهب : فإن كان هذا أفضل والآخر أيسر فيستحسن إن كان الأفضل يُرجى عنده من الفضل ما يُحرزه أن يكون عنده وإن تقاربا في الفضل والملاءم فأيتهما كان عنده فلا بأس به إن تطاوعا بذلك أو بقسمته، فإن أبيا فللقاضي أن يجعله بيد أحدهما أو يقسمه بينهما على تساوي أو تفاضل على وجه النظر منه.

قال ابن كنانة في المجموعة : لا يقسم الأوصياء المال وليكن عند أوثقهم بإيقافهم أو بالسلطان ويختمون عليه ولأن الميت أراد اجتماعهم فيما كلفهم وقد يُراد أحدهم لأمانته وآخر لكفايته وآخر لرأيه فلم ير أن يقسموا فينفرد كل واحد وإنما أحب اجتماعهم في كل أمر ليُتتفع بذي الأمانة وذو الكفاية⁽¹⁾ وذو الرأي.

قال ابن حبيب قال ابن الماجشون : إذا اقتسما المال ضمناه فإن هلك ما بيد أحدهما ضمنه صاحبه حين أسلمه إليه.

قال أشهب في الكتابين : وإني لأرى قسمة الوصيتين عليهما جائزة صغاراً وكباراً كان ما عندهما شائعاً أو يكون / عند هذا حظ فلانٍ وعند هذا الآخر حظ 105 ظ
فلانٍ إذا رضيا بذلك وأشهدا فهو تام على ما أشهدا، وأنى ذلك ابن القاسم وقال : لا يقتسماه وليجعل عند أعدلهما وأكفئهما. قال ابن القاسم : ولا يبيع أحدهما أو يشتري إلا بإذن الآخر وكذلك النكاح، فإن اختلفا نظر السلطان. قال غيره وهما كرجل واحد. قال أشهب : وكذلك النكاح والإجازة والقسمة وجميع أمر الوصية إلا أن يُفوض أحدهما إلى صاحبه إلا ما لا بُدَّ منه من الشيء

(1) في الأصل، وذوي الكفاءة بصيغة الجمع وآثرنا استعمال المفرد للتناسق التعبيري مع ذي الأمانة وذو الرأي.

التافه وأستحسن أن يشتري به أحدهما لليتامى مثل طعام وكسوة وما لا بُدَّ منه مما يضرُّ بهم تأخيرهُ فهو خفيف إذا غاب الآخرُ أو أقرَّ، ولا يجوز أن يقتضي أحدهما من بعض الغرماء بغير إذن صاحبه، ويضمن ذلك الغريم كوكيلين على بيع أو نكاح أو قبض دَيْنٍ فيليه أحدهما فلا يجوز.

قال ابن القاسم : وإن قاسم أحدهم لليتامى فضاعَتْ حصَّةُ أحدهم فأما ما في يديه من العين فجائز وأما في غيره فلا يجوز حتى يجيزهُ صاحبه، فإن ضاعت حصَّةُ أحدهم فهو منهم وما بقي بينهم، وإن وكل أحدهما بالقسمة أجنبياً فجائز لا يدفعه صاحبه كما لو أوصى بما إليه من ذلك، ولو مات أحدهما ولم يوصِ فإن كان الباقي بين العدالة والكفاية لم أرَ أن يجعل معه القاضي غيره وإن لم يكن بين العدالة أو كان مبرزاً ويحتاج إلى معونة فليجعل معه غيره فيكون كالميت. قال عليُّ عن مالك : إذا مات أحدهما جعل القاضي / معه غيره. وقال : فيمن أوصى إلى ثلاثة وجعل بأيديهم صدقةً يَلُونَهَا فمات واحد وأوصى بها إلى زوجته وهي بنتُ الميت الأول ولم يَسْنِدْ إليها قال : إن كانت عدلةً جاز ما صنعت وإلا فَوُضَّ ذلك إلى عدل.

ومن كتاب آخر : وإذا كانا وصيَّين فأوصى أحدهما بما إليه من ذلك إلى أجنبي فذلك جائز عند يحيى بن سعيد وأشهب وأباه سحنون وقال : ينظر السلطان.

في فعل الوصي في مال اليتامى ووجه الإنفاق عليهم منه
 وهل يزكيه أو يُخرِجُ زكاةَ الفطر عنهم أو يضحى ؟
 وهل يُنضِعُ لهم أو يقارض أو يتجر لهم به
 أو يأخذه قِراضاً أو يداين لهم ؟

من كتاب ابن المواز قال يعني مالكا : وإنما للوصي أن يفعل في مال اليتيم ما ينميهِ أو ينفعه به.

ومن العتبية⁽¹⁾ أشهب عن مالك قال : وينفق الوصيُّ على اليتامى على كل إنسان بقدره من مصابته ليس الصغير كالكبير.

ومن كتاب ابن المواز وابن عبدوس قال مالك : قال ربيعة : ولْيُوسَّعَ عليهم ولا يضيَّقَ وربما قال : وله أن يشتري لهم ما يُلَهْوَنَ به [وذلك مما يطيب نفوسهم ويشبون به]⁽²⁾.

قال مالك : وإذا كانت لهم سَعَةٌ فليُوسَّعَ عليهم، ولا ينظرُ إلى صغير فربِّ صغيرٍ أكثرَ نفقة من كبير.

ومن المجموعة قال ابن القاسم وابن وهب عن مالك : كان سالم ابن عبد الله يلي أيتاماً وكان مالُهُم في خريطة⁽³⁾ فما وقع لهم جعله فيها ويُخْرِجُ منها نفقتهم ولا يكتب شيئاً من ذلك. قال / عنه ابن وهب قال : وأحجَّهم قبل أن يبلغوا قال مالك : ولا بأسَ بذلك وهو خير في أدبهم وله أن يُحجَّهم بعد حجة الإسلام - يريد بعد بلوغهم. قال ابن كنانة : وله أن ينفق في غرس اليتيم ما يصلح من صنيع وطيب ومصلحته بقدر حاله وحال من تُزَوَّج إليه ويقدر ذلك من كثرة ماله، وكذلك في ختانه، فإن خشي أن يُتَّهم دفع ذلك إلى الإمام فيأمره بالقصد من نحو ما ذكرنا.

ومن العتبية⁽⁴⁾ من سماع ابن القاسم ومن كتاب ابن المواز نحوه مالك : وإذا زوج يتيمة وأنفق في ابتائنه أو في ختانه النفقة العظيمة فأما الصنيع المعروف من غير سرف فجائز وأما ما أنفق في الباطل وعلى اللعابين فلا يلزم اليتيم، ومن كتاب ابن المواز والمجموعة ابن القاسم عن مالك : ولو أنفق عليهم سرفاً لم يُحتسَبَ له السرف وإن أقام بينة بإنفاقه ولكن السداد ويضمن السرف.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 74.

(2) في الأصل (وذلك مما يطيب نفسه ويشب بعده) وآثرنا استعمال ما كتبناه للتناسق اللفظي والمعنوي مع ما قبله.

(3) الخريطة : وعاء من جلد أو غيره يشد على ما فيه.

(4) البيان والتحصيل، 10 : 362.

قال في كتاب ابن المواز : وَلِيزَكْ⁽¹⁾ مَالُ الْيَتِيمِ وَيُخْرِجُ عَنْهُ وَعَنْ عَبْدِ الْفَطْرَةِ وَيُضَحُّ⁽²⁾ عَنْهُ مِنْ مَالِهِ وَهَذَا إِذَا أَمِنَ أَنْ يُتَعَقَّبَ بِأَمْرٍ مِنْ اخْتِلَافِ النَّاسِ أَوْ كَانَ شَيْءٌ يَخْشَى لَهُ.

ومن كتاب ابن المواز والمجموعة قال مالك : وَإِذَا أَفَادَ عَبْدُ الْيَتَامَى مَالاً كَثِيراً فَلِلْوَصِيِّ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنْهُ وَأَمَّا الْيَسِيرُ لَا بَالُ لَهُ فَلَا يَنْزِعُهُ وَكَذَلِكَ الْأَب.

ومن العتبية⁽³⁾ أشهب عن مالك : وَإِذَا كَسَبَ الْمُؤَلَّى عَلَيْهِ مَالاً فَلْيَنْزِعْهُ مِنْهُ وَلِيَّهِ. قِيلَ إِنَّهُ هُوَ كَسَبُهُ؟ قَالَ : رَبُّ رَمِيَةٍ مِنْ غَيْرِ رَامٍ.

ومن المجموعة وفي كتاب ابن المواز نحوه، قال ابن القاسم / عن مالك : وله¹⁰⁷ أَنْ يَتَّجَرَ بِأَمْوَالِ الْيَتَامَى لَهُمْ وَلَا ضَمَانُ عَلَيْهِ. قَالَ عَنْهُ ابْنُ وَهْبٍ : فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَيَشْتَرِي لَهُمُ الرَّقِيقَ لِلْعَلَّةِ وَالْحَيَوَانَ مِنَ الْمَاشِيَةِ وَشَبَّهَ ذَلِكَ وَذَلِكَ كُلَّهُ حَسَنٌ، وَقَدْ فَعَلَهُ السَّلَفُ، وَقَدْ أَعْطَتْ عَائِشَةُ مَالَ يَتِيمٍ لَمْ تَجِرْ لَهُ بِهِ فِي الْبَحْرِ وَأَنْكَرَ مَا يَفْعَلُهُ أَهْلُ الْعِرَاقِ أَنْ يُقْرِضُوا أَمْوَالَهُمْ لِمَنْ يَضْمَنُهَا وَأَعْظَمَ كَرَاهِيَتَهُ.

قال عنه ابن وهب : وَلَوْ بَاعَ مَتَاعاً لَهُمْ فَأَفْلَسَ الْمُشْتَرِي فَلَا ضَمَانُ عَلَى الْوَصِيِّ. قَالَ أَشْهَبُ : وَلَهُ أَنْ يَتَّجَرَ بِمَالِ يَتِيمِهِ بِيَدِنِهِ أَوْ يُوَاجِرَ لَهُ مَنْ يَتَّجِرُ فِيهِ أَوْ يَدْفَعَهَا قَرَضاً أَوْ بِضَاعَةً عَلَى اجْتِهَادِهِ وَلَا يَضْمَنُ، وَلَهُ أَنْ يُوَدِّعَ مَالَهُ عَلَى النَّظَرِ وَلَأَمْرٌ يَرَاهُ وَأَمَّا أَنْ يَفْعَلَهُ عَلَى الْمَعْرُوفِ بِمَنْ يَأْخُذُهُ فَلَا يَصْلَحُ ذَلِكَ. وَذَكَرَهُ كُلُّهُ ابْنُ الْمَوَازِ لِابْنِ الْقَاسِمِ وَلَمْ يَذْكُرْ أَشْهَبُ.

ومن هذه الدواوين قال مالك : وَلَهُ أَنْ يَدْفَعَ مَالَهُ قَرَضاً إِذَا دَفَعَ إِلَى أَمِينٍ وَلَا يَضْمَنُ.

قال في كتاب ابن المواز : وَلَهُ أَنْ يُضَيِّعَ لَهُمْ وَيَبْعَثَ فِي الْبَحْرِ وَلَهُ أَنْ يُودِّعَ مَالَهُ وَيَسْلُفَهُ. قَالَ ابْنُ الْمَوَازِ يَسْلُفُهُ فِي التَّجَارَةِ فَأَمَّا عَلَى الْمَعْرُوفِ فَلَا.

(1) في الأصل، وليزكي بغير حذف حرف العلة.

(2) وَيُضَحُّ بحذف حرف العلة عطفاً على قوله وليزك وجاءت في الأصل بإثبات حرف العلة.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 45.

قال محمد بن عبد الحكم : وللوصي أن يبيع لليتامى بالدَّين إن رأى ذلك نظراً.

قال في كتاب ابن المواز وذكره ابن عبدوس لأشهب قال : يعمل الوصي بما لهم قراضاً كما لا يبيع لهم من نفسه ولا يشتري لها، وقد قال بعض أصحابنا في كتاب آخر : إذا أخذته على حرز من الرِّيح يشبه قراض مثله فيه أمضى ذلك كشرائه شيئاً لليتيم فيعقب فيكون / أحسن لليتيم.

107 ط

ومن العتبية⁽¹⁾ أشهب عن مالك : في وصيٍّ على صبيٍّ صغير وأخوات له وفي التركة مصحفٌ ثمنه خمسة وعشرون ديناراً استخلصه للغلام قال كم التركة ؟ قيل أموال عظام ومنها أصول قال : فما سنُّ الغلام ؟ قال : ابن ست سنين. قال : لا بأسَ بذلك وكان ذلك من شأن الناس أن يُستخلصَ له السيف والمصحف. قيل : فيستخلص له وربما علِمَ فقرأ⁽²⁾ في المصحف قال : بل للغلام أحبُّ إليّ.

ومن كتاب ابن المواز وابن عبدوس عن مالك : في يتيمة لها ستائة دينار ودار بمصر وهي في حجر أمها فهل يشتري لها خادماً ؟ قال : نعم. قيل : فتيمة خرج لها في القسَم عشرة دنانير تحلّى بها وعندها مائة دينار ؟ قال : نعم وذلك ينفعها في نكاحها. قيل : في الكسوة ؟ قال : هي أيسر شأنًا الثوب وشبهه.

في الوصي هل يبيع على اليتامى الربع أو العنَم ذات الغلة
أو يشتري ذلك لهم أو يخالطهم أو يبيع لهم بالدَّين
أو يشتري به أو يكتب عبدَهم أو يعتقه على مال ؟

من العتبية⁽³⁾ والجموعة قال ابن القاسم وابن وهب قال مالك : ومن اليتامى ممن لهم الغنم أهل بادية فلا ينبغي للوصي بيعها عليهم وله أن يخالطهم في الماشية

(1) البيان والتحصيل، 13 : 50.

(2) كبت في الأصل فقرين.

(3) البيان والتحصيل، 12 : 473.

والزروع وأن يخلط طعامه بطعامهم إذا كان لا يغبنهم ﴿وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾⁽¹⁾، وعن يثيم له إبل مؤبلة⁽²⁾ فقال أولياؤه نبيع حيوانه / فإنه صغير والحيوان يتلف والدنانير خير وأبث أمه ومن يقرب منه يبيعها وقالوا : يباع منها لنفقة، قال مالك : أما من أصل ماله وما يرى له فيه الخط في الماشية من أهل العهود والبادية فلا يباع لهم وينظر فإن كان ممن أصلح له بقاء إبله وماشيته أمسكت وإلا بيعت. قال في كتاب ابن المواز : إلا في جرب يخاف عليها فيه.

ومن المجموعة قال عنه علي : وللوصي أن يتاع لهم ماشية يعيشون بها إن كانوا بموضع لا يصلحهم إلا ذلك، وله أن يتاع لهم أيضاً من يحرث عليهم ومن رقيق وحيوان يحتاجونها إما بالبادية أو بالحضرة. قال مالك : وليس له أن يبيع بعدهم الذي أحسن القيام عليهم. وكذلك في كتاب ابن المواز وغيره.

ومن كتاب ابن المواز ونحوه في غيره وهو للمالك قال : ولا يبيع عليهم الربع غير عذر ليتخذ لهم العين فلا يفعل فأما حاجة لمصالحهم أو لرغبة في الثمن النفيس أو ربع بموضع سوء أو لتداعي خراب ليتخذ غيره أو ليس في غلته شيء. وعن أوصى بابنه وابنته إلى زوجته وإلى أجنبي وترك دواب⁽³⁾ وغنماً ورقيقاً حبسهم على ورثته فمات الابن فأراد الوصي بيع ذلك وأبى المرأة إلا إيقافهم كما أوصى ؟ قال مالك : لو كانت سنة خصب لم أر بيع ذلك⁽⁴⁾ وفي سنة جدبة [فلتباع⁽⁵⁾] الغنم والدواب وتبقى الرقيق إن كان فيهم منفعة يتخدمون ويؤاجرون وإن كان رعي تلك الغنم والدواب لا يقع فيهم فليباعوا. قال : وللزوجة بيع حصتها من ذلك وإن كانت قد / رضيت بما أوصى زوجها قيل : وأوصى لها بنفقة من مالهم ما بقيت معهم ؟ قال : إن كانت محتاجة فذلك لها. قيل : ليست بمحتاجة قال : فما مضى فهو لها وليس لها ذلك فيما يُستقبل.

(1) الآية 220 من سورة البقرة.

(2) إبل مؤبلة : إبل كثيرة من قولهم أبلى فلان كبرت إبله وإبل الإبل اقتناها.

(3) في الأصل، وترك دوابا بالتونين والصواب ما أثبتناه.

(4) نسي الناسخ همة أو فكبت العبارة على الشكل التالي فلم يبيع ذلك.

(5) في الأصل، فلتباع بغير حذف الألف مع أن الأجوف إذا سكن آخره حذف وسطه.

ومن المجموعة قال عليّ وابنُ غانم عن مالك : في الوصيّ أبيع ربّع اليتامى خوفاً أن تخرب ؟ قال : ربّ ربع لا يصلح إلا بالتعاهد فإن كان بموضع لا يقدر أن يتعاهده ويقوم عليه وخشي أن يخرب فليعه. قال عنه عليّ : لا يباع ربّعهم إلا في ثلاثة وجوه : في ذَيْن على الميت، أو في حاجة أو خوفاً أن يخرب قالاً : وإن أوصى أن يباع ربّعه في ذَيْن على الميت وله عينٌ وعروضٌ وورثةٌ صغارٌ فليُنظر السلطانُ لهم فإن كان مُضاراً في وصيته بالبيع فلا يباع وإن رأى بيعه نظراً يبيع. قال عنه ابن القاسم : وللوصيّ بيعُ متاع اليتيم الميت مساومة أو فيمن يزيد من ربع وغيره على وجه النظر.

ومن المجموعة قال أشهب : وله أن يبيع متاعهم بتأخير وأن يحتال بدينهم فإن أُحِيلَ على معدم فإن كان مفلساً مبرزاً والآخر بينَ الفضل عليه في الملاء فاحتياؤه باطلٌ والذَيْن على الأوّل، وكذلك إن صالح على حقٍّ له وكان الصلحُ خيراً له جاز وإن كان أمرٌ يرى بعض الناس أنه خيرٌ ثم ذكر مثل ما ذكر ابن المواز.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى أشهب عن مالك : وسأله ابن كنانة : عمن اشترى حائطاً بشمن منجمٍ إلى أجلٍ وذكر أنه اشتراه لأيتامٍ في حجّره ثم اغتله لهم سنين ثم قيّم عليه وخيف أن يعدم ؟ قال : أن من يشتري بدَيْنٍ ويقول هو لأيتام / فلا يلزمهم فيما أن الحائط قائمٌ وقد اغتُل منه مالٌ : أليس باسمه كتبه ؟ فعليه يرجع البائع وبه يبدأ إلا أن يُرْفَعَ ذلك إلى القاضي فيكشف عن ذلك وينظر فيه. وفي الباب الذي يلي هذا ذكر من يبيعه بدَيْنٍ.

ومن كتاب ابن المواز : وله أن يكتبَ عبد يتيمة ولا يعتقه عنه قال أشهب : ولا يُعَجَّلَ عتقه على مالٍ يتبعه به إلا أن يكتبَه وإن أعتقه على أن أخذ منه مالاً أخفاه لولا عتقه لخيف أن يُتْلَفَه فذلك جائز. محمد : إذا لم يكن يظهره قبل ذلك لولاءِ العتق. قال أشهب : وكذلك لو كتبه بهذا المال لجاز وكذلك

(1) البيان والتحصيل، 13 : 47.

الأب في ذلك كله فيمن يؤلّى عليه، وفي كتاب القراض لابن المواز قال محمد : ولا يجوز أن يكاتب الوصي عبد يتيمة فانظر معناه هل هو على غير وجه النظر.

في صلح الوصي في مال اليتيم وتأخيره بديونه وحطاطه منها

من كتاب ابن المواز وهو لأشهب قال : ولا يؤجر الوصي بدين اليتيم إلا لوجه نظر من خوف جحود أو تفليس إن قيم به فيكون نظرا لليتيم وكذلك لو وضع من دينه أو صالح عنه على هذا المعنى مما هو خير لليتيم، ولو كان يرى بعض الناس أنه خير له ولا يرى ذلك بعضهم ففعله فيه جائز، محمد : ما لم يفعله محاباة لمن يفعله له. قال : وإذا كان بينا أنه ليس بنظر لم يجوز ورده كما لو أمر الوصي من بيده وديعة للميت أن يهبها / أو يسلفها لم يجوز ويضمن المأمور ولو أمره أن يعمل بها قراضاً⁽¹⁾ أو يشتري بها متاعاً لم يجوز حتى يدفعها هو إليه لذلك. ولو أمره أن يدفعها إلى فلان مسلماً أو على غير ذلك فذلك جائز.

109 ط

ولو ادعى أحد دعوى فيما بيد يтим فصالحه وصيه فذلك جائز إن أصاب وجه النظر وإن لم يأت السلطان فصلحه أبداً جائز حتى يطالب فيه ويرى السلطان أنه غير نظر لم يجوز، مثل أن يدعي فيصالحه من غير أمر خيف منه وأما إن أشرف عليه المدعي وخيف أن يؤخذ ما بيد اليتيم فالصلح جائز. قال ابن عبدوس قال أشهب : لا يجوز تأخير الوصي بدين اليتيم وإني لا أستحسن إذا خاف جحداً أو تفليساً فأخره وأخذ رهناً أنه لا يجوز ويكون الدين حالاً والرهن جائزاً وكذلك إن دخله وذكر ما تقدم من روايته ابن المواز في الصلح وما في الباب المتقدم من بيع متاعهم بالدين والحول فيه.

(1) في الأصل، ولو أمره أن يعمل به قراضاً والصواب ما أثبتناه لأن الضمير يعود على الوديعة.

في الوصي هل يتففع بمال اليتيم
أو يأكل منه هو والأب من مال ابنه؟
أو يتسلّف الوصي أو يعتق أو يتصدّق
أو يخالطه في طعامه أو يشتري من متاعه
أو يعمل بماله قراضاً أو يزوّجه لابنته؟

من المجموعة قال ابن وهب قال مالك : أكره للوصي أن يأكل من مال
اليتامى إلا أن يصيب من اللّبن والتّمر والعنّب ويأخذ بحديث ابن عباس وقاله لي
الثّيث.

ومن كتاب ابن المواز / قال مالك : لا يأكل من مال اليتيم وقد قيل إلا أن
يكون به وبماله مشغولاً فليأكل منه بقدر عمله إن كان محتاجاً وإن يستعفف فهو
خير له.

قال فيه وفي العتبية⁽¹⁾ والمجموعة : ولا أعلم أنه يجوز له أكل شيء من ماله
إلا اللّبن إن كان في غير سوق يباع فيه ولا ثمن له هنالك. قال في المجموعة : وما
علمت من أرخص في غير ذلك. قال فيه وفي غيره : ولا أحب له أن يركب له
دابةً ولا يتسلّف ماله.

قال في العتبية⁽²⁾ : ولا بأس أن يأكل الرجل من الضيعة لابنه الصغير ينزل
بها ورثها عن أمه. قال في كتاب ابن المواز : للأب أن يأكل من مال ولده قدر ما
يحكم له به وليس كالوصي.

ومن العتبية⁽³⁾ روى أشهب عن مالك : في وليّ اليتيم يسأله السائل فيعطيه
الشيء من ماله أو من زرع اليتيم ؟ قال : أرجو ألا يكون به بأسٌ يرجو بركة ذلك
لليتيم.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 456.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 480.

(3) البيان والتحصيل، 10 : 411-412.

قال في هذه الكتب : وإذا أخلط طعامه بطعام اليتيم فإن كان ما ينال اليتيم أفضل وهو خير له فلا بأس به وذلك له أن يخالطه في زرعه وما شيته ﴿والله يعلم﴾ المُفْصِلُ من المُصْلِحِ ⁽¹⁾.

قال عنه ابن وهب في المجموعة : ومن مات في سفر ووصى رجلاً فلا يتسلف الوصي من تركته، ولا أحب أن يشتري من متاعه، وقاله أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز.

قال عنه ابن نافع في المجموعة : ولا أحب أن يتسلف من مال بيده لغيره، وأجازه بعض الناس فَرُوجَع فقال / إن كان له مال فيه وفاء فأرجو إذا أشهد أن لا بأس به وإذا ربح في ودیعة عنده تَجَرَّ بها فالرَّيْبُ له حِلٌّ لأنه ضمنها. قال عنه علي : وإذا اشترى الوصي من تركة الميت فإن كان السلطان بعث لذلك مَنْ يليه في جماعة الناس فلا بأس به.

وقال نحوه ابن الماجشون : إذا حضره العدول وتبين أنه استقصى مزايدةً وأخذ ذلك بما بلغ. وفي سؤاله أنه جنى ⁽²⁾ كان شريكاً للميت.

قال عنه عليّ وابن غانم : فيما يباع في المزايدة فإذا وقف أخذه الوصي بذلك فإن كان وارثاً فلا بأس لأن له معهم شركاً ⁽³⁾ ويريد أن يبتاع من متاع أبيه، وأما الوصي الأجنبي فلا وهو قبيح وتقع فيه التهمة وإن سَوَّغَ هذا لمن فيه خير من الأوصياء دخل فيه من لا خير فيه منهم وربما أمسك الناس عما يريد هو شراءه وقد يأمر بالبيع قبل تمام الثمن. قيل : فإن سلم من هذا ؟ قال : أكرهه. قال محمد بن عبد الحكم : ولا يُؤْلَى القاضي على بيع التركات إلا مأموناً وإذا ولّاه فلا يشتري منها ولا بأس أن يدبّر من يشتري له منها إذا لم يعلم أنه من قبله، ومن المجموعة قال عنه ابن القاسم : فيما ابتاع من ماله ؟ قد شَدَّدَ مالك كراهيته

(1) الآية 220 من سورة البقرة.

(2) كذا في الأصل ولم يتضح لنا معناه.

(3) في الأصل، شرك بالرفع. والنصب هو الصواب.

ولينظر فإن لم يكن فيه فضل ترك. وقال مالك يُعَادُ إلى السوق فإن زيد فيه وإلا ترك.

قال ابن القاسم : وكذلك الكراء إلا أن يفوت الإتيان فإن كان فضل وداه⁽¹⁾ وإلا لزمه بما عقد. وقال ابن الماجشون : إذا نكأ... (2) / أرض يتيمه نظر الحاكم فيه يوم يُرْفَعُ إليه فإن كان سداداً أمضاه. قال ابن كنانة : وإن اشترى من التركة أمة ثم زوجها فولدت نظر فإن كانت قيمتها يوم الشراء مثل الثمن فأقل مضى وإن كانت أكثر ودى ما بقي ولا يشتري منها ولا يدس من يشتري له إلا بأمر الإمام يتبع ذلك للدين أو لوصية فله أن يبتاع إلا أن يخاف أن يكسر سلع الميت لولائه قال أشهب : ولا يأخذ مال يتيمه قراضاً كما لا يشتري منه ولا يبيع منه ويؤتاهم فإن اشترى من متاعه سلعة نظر فيها.

قال في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم : فيمن يزيد أو غيره قالاً : فإن رجا فيها أكثر لم يجز وإن لم يرفع ذلك إلى الإمام فليتيق الله هو فإن كانت فرصة ردّها وإن غير ذلك أمسكها. ونحوه كله لابن القاسم في كتاب ابن المواز. قال أشهب : وإن كان شيء بحسب رأس المال أو أكثر باعه فإن كان نقص وداه لليتيم وإن كان أفضل كان لليتيم. قال ابن المواز : وذلك فيما له قدر من الثمن الكثير.

ومن العتبية⁽³⁾ أشهب عن مالك : وإذا كان الوصي عمّ اليتيم فزوجه ابنته وأمهرها من مال اليتيم خمسين ديناراً ثم مات العم وأوصى إلى رجل قال : يزوجه ابنته ويستكثر لها من الصداق لا أرى ذلك، قيل : قد فني مالها فهل للوصي الثاني أن ينقصها من المهر عشرين ديناراً ويعم ذلك على وجه النظر ؟ قال : نعم فليفعل وليشهد على ذلك وأنه رآه خيراً لهما، ولا أرى أن ينفق عليها من مال الزوج وإن / راهق حتى يبلغ.

111ظ

- (1) المراد أداه وكثيراً ما يُنبئ المؤلف في التعبير الواو عن الهمة داخل كتابه هذا.
- (2) كذا في الأصل ويوجد حرف بعد الألف لم يتضح لنا ولا ندري ما المقصود من ذلك.
- (3) البيان والتحصيل، 13 : 68.

ومن كتاب ابن المواز قال : ولا يزوج يتيمته من نفسه وإن بلغت ورضيت وينظر الإمام إن فات بالدخول فإن كان لها كفوًا في الحال والمال أو دونها ييسر جاز ذلك. وإذا أعتق الأب أو الوصي عبداً لیتيم عن نفسه فإن كان ملياً جاز وغرم القيمة، وكذلك الصدقة إن كان عديماً لم يحز وهذا مذكور في العتق وذكرنا في النكاح تزويج الأب بمال ولده ويرد العتق في عدمه إلا أن تطول السنين⁽¹⁾ في العتق خاصة فيمضي. وقد قال أيضاً ابن القاسم : إن الصدقة لا تجوز وإن كان ملياً.

في الوصي هل يبيع تركة الميت لدين أو وصية
وفي الورثة صغاراً وكباراً أو كبار أو صغار؟
وهل يقسم بينهم ؟ وكيف إن كان فيهم حمل؟
وهل ينقل التركة من بلد إلى بلد ؟
وفي قسمة أحد الوصيين

من المجموعة قال ابن القاسم وابن وهب عن مالك : في الوصي يريد بيع متاع الميت لمساومة ويراه أثمن له من بيع المزايدة وفي الربع وغيره فذلك له يفعل ما رآه أفضل.

قال عنه ابن وهب : وإذا مات في سفر، بلا وصاية بيع عروضه ومتاعه لأنه يثقل حمّله ولا يتسلّفوا من المال شيئاً.

قال أشهب : فيه وفي كتاب ابن المواز : في الوصي يريد بيع الرقيق والحيوان وغيره يريد لإنفاذ وصاياه وفي / الورثة كبير غائب لا يؤلّى عليه فذلك له وكذلك لو كان عليه دين، ولو أوصى بوصية أو بالثلث في صدقة أو غيرها والورثة كلهم كبار فله بيع العقار وغيره، وفيها قول أنه ليس له بيع شيء من العقار إلا

(1) جرى المؤلف في إعراب هذه الكلمة هنا مجرى من يعربها إعراب المفرد فتظهر الحركة على النون وهناك من يميز إعرابها إعراب جمع المذكر السالم فيقال مثلاً في مثل هذه العبارة إلا أن تطول السّنون.

الثالث، وهو أحبُّ إليَّ، وكل ما له فيه بيع العقار فله بيع ما سواه من حيوان وغيره، وإذا لم يكن عليه ذَيْنٌ ولا أوصى بوصية ولم يترك عقاراً والورثة كلهم كبارٌ غيابٌ أو بعضهم غيابٌ غَيَّةٌ بعيدة فله بيعُ ما كان من العروض والحيوان بخلاف الرابع وإن كانوا حضوراً محمد : أو قريبةً غَيَّتُهُمْ فليس له بيعُ شيءٍ ولا للسلطان وله ذلك في الغَيَّةِ البعيدة قال ابن القاسم : إذا رفع ذلك إلى السلطان حتى يأمره أو يأمر من يبيع معه.

ومن المجموعة ونحوه في كتاب ابن المواز قال ابن القاسم وأشهب : إذا كانوا صغاراً أو أكابر فلا يبيع حتى يحضر الأكابر إن كانوا حضوراً. قال ابن القاسم : فإن غابوا بأرض نائية وترك حيواناً ورقيقاً وعروضاً فله بيع ذلك ويرفع ذلك إلى الإمام حتى يأمر من يبيع على الغائب. قال أشهب : إن قَرَبَتْ غَيَّتُهُمْ ولم يُخَفَّ تَغْيَرُ شيءٍ من التركة كاتبهم، وإن بعدت غَيَّتُهُمْ فليبيع ما يخاف عليه ويرى أن يبعه أفضل للجميع ويقسم الثمن إذا قدموا وإن شاء قسمه في غيبتهم ثم من تلف حقه كان / منه صغيراً كان أو كبيراً وكذلك إن كان الورثة عصبَةً قال سحنون : 112 ط كيف يبيع على الورثة الكبار الغياب بغير أمر السلطان وكيف يقسم بينهم ؟

ومن العتبية⁽¹⁾ عيسى عن ابن القاسم : وإذا كان في الورثة من بان⁽²⁾ نفسه لم يجز بيعُ الوصيِّ التركة بغير إذنه فإن فعل وفات وأصاب وجه البيع كأنه يقول يمضي.

قال أصبغ : لهم ردُّه إلا أن يكن أوصى بالثلث فيحتاج الوصيُّ تحصيل المال لإنفاذه فذلك له إلا في العقار والربع فليس له ذلك دونهم، فإن لم يكن ذلك فللبالغين ردُّ ذلك أو أخذه بما بلغ.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 134.

(2) كذا في الأصل، ولم يتضح لي معناه وسياق الكلام يقتضي أن تكون هناك كلمة بمعنى إذا كان في الورثة من يستقل بنفسه ولا يحتاج إلى حجر عليه.

ومن المجموعة قال ابن القاسم : إذا كان منهم كبيرٌ غائب لم يقسم له إلا السلطان وإن كانوا صغاراً فلا يقسم الوصي ما لهم بينهم إلا بقول الإمام إن رآه نظراً.

قال أشهب : قَسَمُ الوَصِيِّ بين الصغار جائز في جميع الأموال العين وغيره وكذلك إن كان فيهم كبيرٌ مُوَلَّى عليه لأنه وَلِيُّ لِكُلِّ واحد ولو كانا وصيَّين فقسماهما لهم فأخذ هذا حظ فلان وهذا حظ فلان فذلك جائز على ما سَمَّيَا وأشهدا، وإن كان فيهم كبارٌ لا يُوَلَّى عليهم فقسَمُ الوصي بينهم العين جائز إذ لا عين فيه ليعزل حظَّ الأكبر عنهم ثم مَن هلك حظُّه من الأصاغر فهو منه ولا يجوز أن يقسم بين الأكبر ما وقع لهم مع الأصاغر ولو كانوا كلهم كباراً لم يجوز قَسَمُهُ بينهم ولو فعل كان ما هلك من جميعهم وأما / غير العين فلا يقسمه الوصي إن كان فيهم كبيرٌ غائبٌ إلا بوكالة منهم أو بأمر إمام فإن فعل فهو إذا قدم مُخَيَّرٌ ولا ينبغي للوصي أن يفعل لأنه غَبْنٌ على الصغير فيما ينقص عليه.

113 و

قال في كتاب ابن المواز : وكذلك لو كان بينهما عبدان⁽¹⁾ فلا يقسمهما في غيبة الكبير.

قال أشهب في المجموعة : وليس كمن أوصى له بالثلث وهو كبير غائب وترك وارثاً يلي نفسه حاضراً وللميت وصيٌّ على ذلك فقاسم الوصي الوارث الكبير لأهل الثلث فذلك نافذٌ على الموصى له الغائب لأن الميت وَلِيُّ الوصي ذلك وليس له أن يُوَلَّى على كبير ولده أحداً وكذا لو أوصى بثلثه إلى رجل يليه وأوصى بولده إلى آخر فقاسم الوصي الوصي فذلك نافذٌ.

ومن كتاب ابن المواز : وإذا كان في الورثة كبارٌ غَيَّبَ فله أن يقسم للصغار بحظوظهم من العين ثم يقسم ما وقع للصغار ولا يقسم ما وقع للكبار بينهم ولا يجوز إن فعل وما هلك منه فمن جميعهم الكبار وإن كان بعض الكبار حاضراً فله أن يعطيه حظُّه من العين. قال ابن القاسم : وأما الربع فلا يقسمه إن كان فيهم

(1) في الأصل، لو كان بينهما عيدين.

كبير غائب إلا بأمر الإمام، ولا يجوز إن فعل والغائب مُحَيَّر وإن كانوا صغاراً
أجاز أن يقسم بينهم الرباع وغيرها.

ومن المجموعة عليّ عن مالك : في الأيتام لهم رقيق فللوصيّ قسمها بينهم أو
تأخيرها إلى بلوغهم حسب ما يراه نظراً. قال ابن كنانة : إذا كان لهم أرض
وغلات / فأراد قسمها فإن كانت نفقاتهم متقاربة في ملابس وغيره ولم يكن في
تعجل ذلك نفع لهم فهو سعة من بقاء ذلك بينهم مجتمعاً، وإن اختلفت نفقاتهم
وتفاوتت من كسوة ومؤنة فعليه أن يقسم ذلك بينهم وتكون نفقة كل واحد من
نصيبه وقسمه على كل حال جائز على وجه النظر.

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أوصى بثلاثة نفر أحدهم غائب
فأعطى الوصيّ للحاضرين نصيبهما منه ثم ضاع نصيب الغائب فهو منه. قال
أشهب : وكذلك لو كان الورثة غيباً⁽¹⁾ فقسم الوصيّ الثلث فأعطاه الموصى له ثم
هلك ثلثا الورثة فذلك منهم، وكذلك لو غاب الموصى لهم وحضر الورثة فقامهم
وحبس الثلث فضاع فهو من الموصى لهم.

وكذلك لو قسم الثلث بين الموصى لهم لجاز ذلك لهم وعليهم، ولو قسم
الثلثين بين الورثة لم يجوز إلا أن يكون فيهم صغير فيجوز في العين خاصة وإذا كانا
وصيين وبين أحدهما مال اليتامى فأراد قسمه بينهم دون أصحابه فذلك جائز في
العين خاصة ومن هلك حظه بعد القسم فهو منه كقسم الوصيّ العين وفي الورثة
كبير فأمّا غير العين فلا إلا بمحضر الوصيّ الآخر وإلا لم يجوز القسم إلا أن يأتي
الآخر فيرضى، وما هلك قبل رضى الوصيّ الآخر فبينهم وما بقي بينهم فممنه.

ومن العتبية⁽²⁾ ابن القاسم عن مالك : وإذا ادعت امرأة الميت حملاً لم ينفذ
من الوصايا شيء حتى يتبين ذلك وتضع حملها، / قال في موضع آخر : وكذلك
لا يأخذ وارث شيئاً حتى تضع حملها. قال ابن المواز قال ابن القاسم : ولو

(1) في الأصل، لو كان الورثة غيب.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 463.

أُنْفَذَتِ الوصايا قبل أن تضع وهلك ما بقي صارت الوصايا من رأس المال ومُنِعَ الورثة -- يريد ابن القاسم ولو أخذ الوارث شيئاً قبل أن تضع وهلك ما بقي صار بعض الورثة قد ورث وانتفع وبعضهم لم ينتفع.

ومن المجموعة قال ابن القاسم وابن وهب عن مالك : وإذا قالت زوجة الميت أو جاريته التي كان يطأ إن لي حملاً فلا تنفذ له وصية ولا يُقسَمُ ماله حتى تضع أو ينكشف ذلك، قيل لابن القاسم : فإذا أوقفت نصيب الولد لما يُجهَل من سهامهم فلم يوقَف نصيب الأبوين والزوجة ونصيبهم سواء صحَّ الحمل أو بطل ؟ فقال : وكيف يأخذ بعض الورثة ويتعرض ما بقي للتلف فإن تلف الباقي بقي الولد بلا ميراث وإن أرجعتهم على الأبوين والزوجة فقد يعدمون والواقف أعدل على الجميع في النفع والضرر ؟

ومن العتبية وكتاب ابن المواز، ابن القاسم عن مالك : في امرأة مائت بمصر وورثتها بالمدينة وأوصت إلى رجل فكاتبهم الوصي قال في العتبية : فلم ير لهم جواباً وعمي أمرهم، قال في كتاب ابن المواز : فلم يأتوا فخرج حاجاً وحمل التركة معه قال في كتاب ابن المواز : فذهبت قال في العتبية : فجعلها وهي في صرة في نفقته وكان ينفق فاعل كُفّه فذهب ما فيه ؟ قال : يضمن لأنه خرج بالتركة بغير إذنه. قال في / كتاب ابن المواز : وإذا أوصى وهو من أهل الأندلس أن عليه اثني عشر ألف درهم زكاة وأوصى بعتق وغيره وصدقة ما بقي وله أموال بالأندلس فلا ينبغي للوصي أن يحرك شيئاً حتى يقدّم الأندلس إذ لا يدري ما عليه من دين وما الذي ترك فيبدأ في القسم الزكاة ثم العتق ثم باقي الوصايا.

في اليتيم أو اللقيط يبيع عليه أو يقاسم عليه
أو يجوز له أو ينفق عليه غير وصيه
هل يجوز له ذلك؟
ونفقة الإبن والبنت على الأم كيف تكون؟

من المجموعة روى ابن غانم عن مالك : فيمن له إخوة صغاراً أيتاماً وليس
بوصيٍّ عليهم أن له أن يبيع عليهم من التركة ما يراه وله بيع ذلك مساومة على وجه
النظر، وقال ابن القاسم : فيمن ضمَّ أخاه أو ابن أخيه صغيراً حسبةً ولا مال له
فقاسم له فيما أوصى له به وباع له فلا يجوز ذلك، وكذلك لو مات أخوه فضم
ماله وولده ليليههم بغير أمر السلطان لم يجز فعله. قال ابن حبيب قال مطرف : في
الأم تباع على ولدها الأيتام الصغار بعض ما لهم وليست بوصية ولا خليفة وباعت
في مصالحهم قال : هي كغيرها وينظر السلطان فإن كان إنفاذه خيراً لهم اليوم
أمضاه وإلا رده، وقاله أصبغ.

قال مطرف : وإذا كانت فقيرة فنفقتها في مال ولدها على الذكر مثل حظ
الأنثيين، لأن النفقة على أموالهم وجبت لصغرهم وأما لو وُلّوا أنفسهم كانت
نفقتها عليهم بالسوية، / وقال أصبغ : بل هم بالسواء في صغرهم وكبرهم. وقال¹¹⁵
ابن حبيب بقول مطرف. وقال ابن الماجشون قال مالك وغيره من علمائنا : في
أيتام أصاغر لا وصيٍّ لهم ولهم أمٌّ أو أخٌ أو عم رشيد فقام بولايتهم بغير أمر
السلطان أن ذلك ماضٍ ويجوز من فعله عليهم ما يجوز للوصي.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى عبد الملك بن الحسن عن ابن وهب : فيمن عنده لقيط
فتصدق عليه هو بصدقة أن حيازته له جائزة كالأب، قال سحنون : وكذلك كل
من ولي يتيماً أجنبياً أو قريباً، وهو قول المدنيين كلهم إلا ابن القاسم فلم يكن
يرى ذلك إلا للوصي، وأخذ سحنون بقول ابن وهب وقال : وإن لم يكن بخلافه،

(1) البيان والتحصيل، 13 : 252.

ولا صية، وهو قريب له. فقسَّمته عليه جائزة وحيازته عليه صدقته وصدقة غيره جائزة، وضعَّف الرواية الأخرى.

ومن المجموعة قال ابن القاسم وأشهب : في اللَّقِيط في حجر الرجل يوصي له بوصية فله أن يقاسم له، قال أشهب : استحسانا وهو قد وليه وقام بأمره بخلاف الأخ والعم والجد إلا أن يكون قد وليه بمثل ما ولي الملتقط لقيطه يأخذ له ويعطي ويقاسم ويبيع له ويبتاع.

ابن نافع عن مالك : فيمن ترك ثلاثة⁽¹⁾ بنين أحدهم صغير فباع الكبيران ماله ثم قام الصغير بعد سبع⁽²⁾ عشرة سنة فقال إنما بعتهما في دَيْن عليكما فقالا : لا بل في دَيْن على أبنينا، فإن ثبت أنه في دَيْن على الأب وإلا قيل للمبتاع ادفع إلى الصغير ماله وارجع على الكبيرين به قيل : قد كتب على اليتيم كتاباً برضائه بالبيع فقال : الآن كنت أظنه / في دين على أبي فلما علمتُ قمت وكُتِبَ هذا الكتاب وأنا صغير قال : لا يضره الكتاب وليس لصغير ولا مؤلى عليه أمرٌ.

115 ط

في الأب ينفق على الصغير من مال الصَّبِيِّ أو من غيره ثم يحاسبه أو يموت فيريد ذلك إخوته

من المجموعة وغيرها ابن القاسم عن مالك : فيمن أنفق على ولده وللولد مالاً فله أن يحاسب ذلك عليه.

ومن العتبية⁽³⁾ روى عيسى عن ابن القاسم قال : قال مالك : فيمن قال عند موته حاسبوا ابني بما أنفقتُ عليه فإن كان الابن عيناً بيده فليس له ذلك إذ لو شاء أنفق منه وإن كان عرضاً فليحاسب.

(1) في الأصل، ثلاث بَيْنٍ وذلك خطأ واضح.

(2) في الأصل، سبعة عشر سنة وذلك في الغالب سهو من الناسخ.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 346.

ومن المجموعة ابن القاسم قال مالك : وإذا كان يأخذ لابنه الصغير ثم طلب ذلك بعد موت الأب فطلب إخوته أن يحاسبوه بما أنفق عليه فذلك لهم بقدر سعر كل سنة مضت فإن بقي للإبن شيء أخذته. قال ابن حبيب قال أصبغ : إذا أنفق على ابنه الصغير من عنده وله في يديه مال ثم مات فإن كان عيناً فوجد مصوراً فلا يحاسبه إخوته بالنفقة إلا أن يوصي بذلك الأب، ولو كان عرضاً لحوسب من يوم كان له وإذا كان عيناً فأشهد به الأب على نفسه وضمته نفسه فلا يحاسب ويصير بمنزلة العين، ولو أدخله الأب في ماله ولم يشهد وقد عُرِف أصله فهو كالعرض ويحاسب الإبن بالنفقة ولو كان مصوراً وقد أشهد به على نفسه ثم أراد أن يحاسبه في حياته وأوصى بذلك فذلك له، ولو كان / عروضاً 116 قائمة أو عيناً أنفقه ولم يشهد به ثم أوصى أن لا يحاسب بالنفقة فقال ابن القاسم : لا يحاسب وكأنه شيء يُرد في الصحة، وقال أصبغ : هي كالوصية ولهم أن يحاسبوه إلا أن يميزوا وصيته ويقول ابن القاسم قال ابن حبيب.

ومن المجموعة قال غيره : أحب ما سمعتُ إليّ فيمن أنفق على ولده الصغير ثم مات الأب وبهده له مال أنه إن كان مال الإبن عروضاً فللورثة أن يحاسبوه بما أنفق عليه وقد يؤخر بيع العرض لزيادة، ولو أوصى ألا يحاسب لم ينتفع بذلك إلا أن يشهد في الصحة أنه إنما أنفق من ماله - يريد عطية - قال : وإن كان ماله عيناً موضوعاً فتركه فأنفق من عنده ولم يفسر فلا يحاسب ويُحمّل ذلك على أنه حمّل ذلك عنه إلا أن يوصي أن يحاسب فذلك له.

قال ابن القاسم عن مالك : إذا أنفق على ولده وقد طلق أمه ثم ورث الإبن مالاً والأب ينفق عليه - يريد من يوم ورث المال - ولا يمين على الأب أنه أنفقه من عنده ثم قال بعد ذلك : إن كان مقلماً مأموناً لم يحلف وإن كان على غير ذلك حلف.

في الوصي أو غير الوصي ينفق على المولى عليه من مال المولى عليه أو من عنده ثم يريد أن يحاسبه والتداعي في ذلك وفي الكفن

من كتاب ابن المواز قال مالك : وإذا أنفق الوصي من ماله على يتيم / فإن ^{ط 116}
كان له بيده مَالٌ فليرجع به فيه وإن أنفق عليه بعد نفاد ماله فلا يتبعه بشيء إلا
أن يكون له رُبْعٌ يرجع فيه.

قال عنه ابن القاسم : وإذا قال الوصي لليتامى : أنفقتُ عليكم أموالكم أو
بعضها فإن كانوا في حجره يليهم فالقول قوله في السداد، وإن كانوا عند أمهم أو
أختهم أو غيرها لم يُصَدَّقْ إلا ببينة - يريد إذا أنكروا في رشدهم. قال أشهب :
إن أنكروا وكانوا في عياله أو كانوا عند غيره فكان يرى ينفق عليهم ويكسوهم فإن
ادعى في تلك المدة من النفقة سداداً أو الزيادة اليسيرة صَدَّقَ مع يمينه وأما
السرف وما يتبين فيه كَذِبُهُ فلا يُحَسَّبُ له منه إلا السداد كما لو أقام به بينة وهو
سرف فلا يُحَسَّبُ له إلا السداد.

قال عنه ابن وهب في المجموعة : إذا ذكر الوصي من النفقة على اليتيم ما
يشبه صَدَّقَ إلا في السرف.

وقال أشهب فيه وفي كتاب ابن المواز : أن الوصي مُصَدَّقٌ فيما يقول أنه
كَفَّنَ به الميت من كفن مثله وإن جاءه بالبينة حتى يبلغ اليتيم مبلغ الدفع عن
نفسه ولكن إن أخذ القاضي منه مالاً لليتيم فليُكْتَبَ له البراءة ما قبض منه فقط.

ومن المجموعة وكتاب ابن المواز عن أشهب : ولو أعطى لأحد الوارثين بعد
جواز أمره نصيبه ألف درهم ثم قال : لم يكن عندي غيرها فهو ضامن للآخذ
ألفاً أخرى لأنه أقر أن حصة الكبير ألف.

ومن كتاب ابن المواز وعن وصي كان عنده / ليتيم مائة دينار فأنفق عليه ثم ^{ط 117}
مات اليتيم فطلب الورثة ما بقي له فأبى الوصي ببراءة بخمسة وسبعين فقُبِلَتْ منه

فقالوا : بقي خمسة وعشرون⁽¹⁾ ديناراً وثمنُ خادمٍ بعثها له فقال : ما كانت له خادمٌ ولا بعثها فطولب بباقي المائة فجاء ببراءة من أربعين ديناراً وقيل له : هذه براءة من أربعين وإنما باقي المائة خمسة وعشرون فقال : دخل فيها ثمن الجارية قال : يُقبَل منه، هكذا روى لي أبو زيد عن أشهب في طبى قال محمد : وأحب إليَّ أن يضمن ثمن الخادم لأنه كذَّب نفسه في قوله ما كانت له خادم.

ومن العتبية⁽²⁾ من سماع أشهب ومن كتاب ابن المواز : وعن وصيِّ وليي يتامى فكان لا يتحفظ من أموالهم وربما تناول منها فسألهم بعد أن بلغوا الرشداً أن يحللوهم من بين كذا إلى كذا فحللوهم عن مال ثم قالوا بعد زمان لا تُحلك قال : ليحرز ما أصاب من أموالهم ويحتاط حتى لا يشك أو يأتي رجل فيخير بذلك وبالمال وبما كان منه فيه فيحرزه إن لم يحسن هو حرزه وليحتط⁽³⁾ ثم يتحلل من ذلك فأما من بين كذا إلى كذا فإنهم يقولون ظنناه يسيراً.

ومن العتبية⁽⁴⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن وهب : في وصيِّ على أخته باع لها وصيفةً بمائتي دينارٍ ثم اشترى لها رأسين بمائتين وسبعين ديناراً ذكر أنه زاد من عنده السبعين وأشهد على الشراء لها بهذا الثمن وعلى قبولها - يريد وقد حاز أمرها - ولا يدرون هل اشترى ذلك بثمن / الوصيفة أم لا ؟ وادعت هي بعد جواز أمرها أن ذلك مالٌ آخر من ميراثها وأن ثمن الوصيفة عليه وأتى هو ببراءة عليها من جميع مورثها عن أبيها وقال : شرائي للرأسين بعد البراءة وليس لها عنده غير ميراثها من أبيها وثمن الوصيفة فليُحلف أن ذلك الثمن ثمن الوصيفة ويبرأ إلا أن تأتي هي ببينة أن لها قبلة غير ذلك فينظر لها، وأما السبعون⁽⁵⁾ الزيادة فإن فات الرأسان فلا يتبعها بشيءٍ لأنه زاد ما لم تأمره، وإن لم يفوتا خُيرت بين أداء

(1) في الأصل، بقي خمسة وعشرين ديناراً والصواب ما أثبتناه.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 48.

(3) في الأصل، وليحتاط من غير حذف ألف الفعل إلا جوف رغم سكون آخره.

(4) البيان والتحصيل، 13 : 212.

(5) في الأصل، وأما السبعين والصواب ما أثبتناه.

السبعين وتحسبهما أو تذرهما ويغرمه المائتين إلا أن يسلم لها الرأسين بمائتين فلا حجة لها.

قال ابن القاسم : يحلف لقد أدخل ثمن الوصيفة في الرأسين ويبرأ ولا شيء عليها من السبعين لأن البراءة تقدمت قبل بيع الوصيفة فهو أمر طاع به لها أو شيء تورع عنه من بقية مالها، وإن كانت البراءة بعد شراء الرأسين فالبراءة تزيل ما قبلها مما بينهما إذا اختلفا.

في الوصي يشتري منزلاً لليتامى ومنهم الذكر والأنثى ثم مات ولم يبين كيف هي بينهم ؟

قال ابن حبيب قال مطرف : في الوصي يشتري منزلاً لليتامى من مالهم ثم يموت فقال الإنانث : هو بيننا بالسواء وقال الذكور بل للذكر منا سهمان وللأنثى سهم، قال : يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين اشتراه من عرض أموالهم أو بجميعها أو جهل ذلك، ولو اختلفوا بعد جواز أمرهم / تحالفوا فإن نكلوا فذلك منهم على ما ذكرنا ومن نكل منهم فالقول قول من حلف، وإن حلفوا فلكل واحد بقدر دعواه، فإن كان ذكراً وأنثى فهو بينهما على سبعة للذكر أربعة وللأنثى ثلاثة لأن الذكر قال لي من الستة أربعة وقالت الأنثى لي منها ثلاثة فقسيم ذلك على دعويهما أربعة وثلاثة.

قال وقال أصبغ : إن اشتراه من عرض أموالهم فهو بينهم بالسواء وإن كان بجميع أموالهم فهو بينهم للذكر سهمان وللأنثى سهم.

في ترشيد السفية المولى عليه ودفع ماله إليه
وهل يُختَبَرُ ببعضه ؟
وفي أفعال السفية الذي لا وليَّ عليه
وفي تعديّه فيما يعامل فيه

هذا باب قد ذكرناه مستوعباً في كتاب التفليس وذكرنا منه ها هنا ما يتعلق
بالوصايا.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال أصبغ عن ابن القاسم : وإذا تبين للوصي الرشْد من
يتيمه فإن كان شيء يبين للناس فليدفع إليه ماله ولا ضمان عليه وإن كان يشك
في أمر فلا، إلا بأمر الإمام، وإلا ضمن.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك : إذا احتلم ولا يعلم منه إلا خيراً قال : إن
أنس منه وليُّه الرشْد دفع إليه ماله وإلا فلا قال : وإذا كان سفيهاً في دينه وحاله،
حسن النظر في ماله، دفع إليه ماله ولا يجوز شراء المولى عليه إلا فيما لا بال له
كالفاكهة واللحم بالدراهم ونحوه.

وعن المولى عليه في السوق يريد / وليُّه أن يدفع إليه مالاً يختبره به فأدان فلا
يلزمه الدَّيْنُ فيما أعطاه ولا فيما أبقي له عنده، وإذا تَكَارَى اليتيم في الولي دَابَّةً
بغير إذن الوصي يتعدَّى عليها فتلفت لم يضمن، محمد : ولو باعها لم يضمن في
ماله شيئاً قال مالك : ولو بعته في طلب آبق فأخذه وباعه فليأخذه ربه ولا شيء
عليه ويحلف ما أمره ببيعه، وليس كالتعدي بغير سبب، قال محمد : ليس كالجناية
ولو لم يرسله فيه لكان في ماله كالجناية وكسرقته لما لا قطع فيه.

قال مالك فيه وفي العتبية من سماع أشهب : قلت : إن لي يتيماً قد أخذ
بوجهه وله بيدي ستون ديناراً فطلب أن أعطيه خمسة عشر ديناراً يتجهز بها إلى

(1) البيان والتحصيل، 13 : 302.

خاله بمصر يرجو صلته قال : لا أرى ذلك، قلت : فإن ضمنها لي رجل إن طولبْتُ بها قال : لا أرى أن يدفعها إلا بأمر السلطان.

ابن المواز قال مالك : ومن دفع إليه الإمام مال غلام مولى عليه فحسن حاله هل يدفعه إليه ويكون كالوصي يتبين له حسن حال وليه ؟ قال : أما من يتبين أمره في يسره وفضله فلا شيء عليه إن فعل كالوصي وأما من فيه شك فلا، كأنه يراه يضمن إن فعل.

ومن كتاب ابن المواز : ومن مات عن بنين سفهاء فاقسموا وباعوا واشتروا فابن القاسم يرى ذلك كفعل من في الحجر، وقال ابن وهب : أفعاله جائزة حتى يُحجَرَ عليه وأرى أن يُحجَرَ عليه فيما يُستقبل، أشهب : ومن أوصى / لبكر بمائة دينار ولا ولي لها فدفع الورثة ذلك إليها بغير أمر الإمام قال : قد برئوا منها، ونحوه في العتبية وقال : وكان يلي أيتاماً أيضاً قال : إيصاله لهم جائز.

قال ابن حبيب قال مالك وجميع أصحابه : إن الرشد الذي ذكر الله سبحانه الذي يستوجب به اليتيم أخذ ماله، الرشد في الحال والمال⁽¹⁾ إلا ابن القاسم فلم يُراج إلا لإصلاح المال.

في الوصي يبيع التركة أو الورثة ثم يطرأ دين

بعد إنفاق الثمن أو تلفه

أو قضي به لبعض الغرماء

وكيف إن ربح في مال الأصاغر؟

من كتاب ابن المواز قال مالك : وإذا باع الوصي مال الميت وقبض الثمن فهلك عنده ثم طرأ دين على الميت فلا يضمن الوصي وكذلك الوارث غير وصي إذا جرى أمره على الصحة محمد : وإن استحق ما باع الوصي وقد تلف الثمن لم

(1) يشير إلى قوله تعالى : ﴿وَابْتَلو الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسَ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَنْ يَكْبَرُوا وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾، الآية 6 من سورة النساء.

يضمنه الوصي ولا الوارث، قال مالك : وإذا طرأ ذَيْنٌ وقد باع الورثة وأكلوا الثمن، فإن باعوا مبادرة وهو يعرف بالذَيْنِ فللغرماء أخذ السلج من المشتري ويرجع هو على الورثة، وإن لم يعرف بالذَيْنِ وباعوا كما يبيع الناس تركه ميتهم أتبعوا الورثة ولو قضوه لغرم وقد علموا بغريم آخر ثم جاء فللآخر الرجوع عليهم في عُذْمِ الأول ثم لهم الرجوع على الأول، محمد : وكذلك الوصي إن فعل هذا ضمن.

ومنه ومن العتبية⁽¹⁾ قال أصبغ عن ابن القاسم : والوصي ينفق على / الأيتام^{ط119} ما ورثوا عن أبيهم ولهم مال ورثوه عن أمهم ثم طرأ ذَيْنٌ على الأب فلا يرجع عليهم فيما ورثوا عن أمهم قال ابن المواز : لا يلحق الأيتام ذَيْنٌ بحال إلا من أنفق عليهم سلفاً ولهم ما يرجع به فيه، ولأصبغ قول حسن : أن النفقة نقص على ما ورثوا من الأب ومن الأم فما أصاب ما ورثوا من الأم قضِيَ منه الذَيْنُ، محمد : يعني إنما أنفق عليهم بتركة الأب بعد أن ورثوا الأم.

قال ابن القاسم في المجموعة : ولو أخلط المالكين وأنفق حسب الذَيْنِ على المالكين بالحصص وإن لم يخلط وأنفق عليهم ميراث الأب لم يرجع في مال غيره ولا فيما أفادوا بعد ذلك إلا أن يبقى من تركة الأب شيء وإلا لم يضمن لا هو ولا الوصي، ولو أنفق عليهم مالاً لهم من غير تركة الأب أو لم يُخلطُ بغيره. قال علي عن مالك : إذا باع الوصي مال الميت ثم هلك الثمن وطرأ ذَيْنٌ فلا يضمن [ولو باع الورثة في مثل هذا ضمنوا]⁽²⁾.

ومن كتاب ابن المواز : وإن قضى الورثة بعض الغرماء ثم جاء غريم فإن لم يبق من التركة شيء بعد القضاء رجع الطارئ على الغريم القابض في ملائه وعدمه، ولا يضمن الوصي إلا أن يعلم بالآخر فيرجع القادم عليه بما ينوبه ثم يرجع هو على الأول، ولو بقي من التركة قدر حَظِّ الطارئ فحسبه له أو لم يُكرِه عالماً فهلك بيده فضمانه من الطارئ، وكذلك لو أنفقت على اليتامى فهو محسوب على الطارئ ولا

(1) البيان والتحصيل، 13 : 281.

(2) في الأصل، لو باع الورثة إلخ بدون واو قبل لو.

يرجع على الأول بشيء / وهذا الباب مستوعب في كتاب التفليس وفيه مسألة أشهب إن ترك ألفاً وعبدأ فأخذ الغريم الألف وقدم غريمٌ وقد تغير سوق العبد أو كان بيع فقضي ثمنه للغائب وهلك الألف ثم ردَّ العبد بعيب.

قال مالك : إن ورثوا مائتين وهو كبير وصغير فأخذ الكبير مائة وأخذ الوصي مائة فتَجَرَ فيها فصارت مائتين ثم طرأ دَيْنٌ مائة فعلى الصغير ثلثاها ولأن الصغير لم يكن يضمن فدخل الدَيْنُ في ربحه ولا يدخل فيها ربح الكبير لأنه كان ضامناً لما أخذ، وقاله ابن عبد الحكم وأصبع، قال ابن عبد الحكم : ثم إن طرأ مائة للميت أخذ الوصي ثلثها للصغير وأخذ الكبير ثلثها كما ودى، ولو تلف جميع المال ثم طرأ دَيْنٌ يغترقه رد الكبير ما أخذ ولا شيء على الصغير ولا شيء على الوصي، ثم إن طرأ للميت مال أخذ منه الأكابر ما أخذ منهم للدين.

ومن المجموعة ذكر علي عن مالك وقال العُتْبِيُّ وذكره عنه ابن القاسم بلاغاً أنه إن ترك أطفالاً وثلثمائة دينار فتَجَرَ بها الوصي فتلقت ستائة وطرأت ألف دينار دَيْناً على الميت فلتَوَدَّ منها الستائة إذ لم يكونوا يضمنون، ولو كانوا كباراً لم يُؤَلَّ عليهم لم يغرموا غير ثلاثمائة وهم يضمنون كل ما غابوا عليه من العين ولا يضمنون الحيوان من رقيق ودوابٍّ وماشية إن هلكت بأيديهم، وقال علي بن زياد : الصغار ضامنون لما أَتَفَقَ عليهم /، وقال سحنون عن المغيرة مثله.

في عهدة ما باعه الوصي من التركة أو باعه الغرماء وفي حقوق الدَّيْنِ على الميت أيضاً

من المجموعة وكتاب محمد بن المواز قال ابن القاسم قال مالك : لا عهدة على الوصي فيما باع على اليتامى، قال في كتاب محمد : إلا أن يشترط ذلك على نفسه، قال في المجموعة : وعَهْدَةُ المبتاع في مال اليتامى وكذلك فيما باعه القاضي في تركته أو على مفلس. قال ابن المواز : إنما العبرة في المال إن بقي بيد الوصي أو قضى به دَيْناً وما دفعه إلى أكابر الورثة فالعهدة في المال ببيع ذلك حيث دفع برئ، وأما ما أَتَفَقَ على الصغار أو تلف فلا شيء عليه فيه والقول قوله فيه.

من المجموعة قال أشهب : وإذا باع الوصي عبداً من التركة ودفع إلى الورثة ثمنه ثم استحق فلا رجوع على الوصي إذا علم أنه باع لغيره كالوكيل.

قال ابن القاسم : بلغني عن مالك في الوصي يبيع التركة ثم ضاع منه الثمن أو أنفقه على الأيتام ثم استحققت السلعة فلا شيء عليه ولا عليهم إن بلغوا، وقال عبد الملك : إن كان للولد مال عند الوصي فيرجع المبتاع فيه وإلا كان في ذمتهم بقدر ما أصابهم، لأنه كذلك أنفق عليهم وأخرج بسببهم ولا يضمن الوصي. وأما إن طرأ دين على الميت وقد أنفق الوصي التركة على الأيتام فلا شيء عليهم ولا على الوصي ويبقى / في ذمة الميت⁽¹⁾ كمن وهب ثم قيم عليه في عدمه وأما ثمن ما استحق من ما بيع من التركة فكمعاملة جرت بينهم وبين المشتري والوصي فيها كوكيلهم ويضمنون ذلك، قال ابن حبيب قال مطرف : ولا يضمن الوصي ولا الأيتام في هذا إلا أن يكون لهم مال غيره من عقار وغيره فيبيعون وكذلك في إنفاقه عليهم إن كان لهم مال آخر رجع عليهم في الاستحقاق ولحق الدّين وإن لم يكن لهم شيء لم يتبعوا بشيء.

في الوصايا تُنفذ بعق أو غيره وتُقسم التركة ثم يطرأ دين على الميت أو وصية أخرى أو عول أو عتق هو أولى من الوصايا وكيف يُقدّم من أخذ شيئاً من ذلك ؟

من العتبية⁽²⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في وصايا الميت تُنفذ وفيها عتق ثم يطرأ دين محبط على الميت فلترد الوصايا من يد من أخذها على ما يؤخذ بها من نقص أو نماء ولا يضمنون⁽³⁾ شيئاً إلا أن يستهلكوا أو يشتروا شيئاً

(1) كلمة كمن في الأصل غير واضحة ويمكن أن تقرأ هناك كأن أو شبه ذلك.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 133.

(3) في الأصل، ولا يضمنوا يحذف نون الرفع وسياق الكلام يقتضي الرفع لا للجزم نظراً لكون لا دالة هنا على النفي لا على النهي.

فيحاسبوا بثمانه في وصاياهم فيكون عليهم نقصه ولهم ثمانؤه ويُرَدُّوا الثمن الذي حوسبوا به والورثة كذلك ما أخذوه على الإقتسام لم يضمّنوه وثمانؤه للغرماء وما اشتروه على حال البيع فمنهم نقصه ولهم ثمانؤه ويغرمون الثمن الذي وجب عليهم به وما اقتسموا من عَيْنٍ أو طعامٍ أو إدامٍ فليغرموه وإنما يوضع عنهم ضمان ما يُقسَّمُ بالقيمة من العروض فغابوا عليه ولا يُعرَفُ هلاكه إلا بقولهم، وضمانهم / في جميع ما ذكرنا كضمان المرتن والمستعير فيما يغاب عليه. وحالهم فيما لا يغاب عليه كحالهما.

121 ظ

ومن العتبية⁽¹⁾ روى أصبغ عن ابن القاسم وذكره عنه ابن المواز وابن عبدوس : وإذا أنفذ الوصي الوصايا وقد أوصى الميت بعق عبد لم يعلم به الوصي فإن فعل ذلك الوصي بعد ترثيص واستثبات واجتهاد فلا شيء عليه. قال أصبغ : ودون هذا التأكيد لا شيء عليه إذا لم يعلم ولم يبادر وإنما عليه أن يجتهد بقدر الوصية في قتلها وكثرتها واجتماع المال واستبراء ذلك ثم ينفذ. قال ابن القاسم : ويعتق العبد إن حمّله الثلث ويتبع الورثة أهل الوصايا بما فضل عن الثلث في ذمهم إن عدموا بقدر ما عند كل واحد بقدر وصيته كغريم طراً على ورثة.

قال أصبغ في العتبية : جعله كغريم طراً على ورثة يرجع على المولى منهم بدّينه ويرجع الغارم على باقي الورثة، وليس هو عندي إلا كوارث طراً على ورثة لم يعلموا به فإنما يتبع كل واحد بقدره في ملائه وعدمه، وكذلك لا يعتق من هذا إلا بقدر ما صار بيد كل واحد من وارث أو موصى له في الثلث من قيمته التي كان يعتق فيها فيعتق منه ما وُجِدَ فيرق ما بقي حين يسر الآخرون فيعتق باقيه.

قال في العتبية : والورثة والموصى لهم بمعنى واحد والورثة والعبد كالوارثين، فإذا كانت التركة بالعبد ستين وقد أوصى لرجلين بعشرة وترك وارثين وقيمة العبد عشرة فأخذ / الموصى لهما عشرة وأخذ الورثة خمسين ثم علم بالعتق فللعبد سدس التركة فيلزم الورثة خمسة أسداسها قيمته والموصى لهم سدسها، فمن كان له منهم مال

122 د

(1) البيان والتحصيل، 13 : 262.

تُفَدَّ في حصته منه العتق ومن كان منهم عديماً أو غائباً أُتِّيع بحصته من ذلك يوماً ما.

ومن الكتابين قال ابن القاسم : وإن عجل الموصي إليه ضَمِنَ وأتبع هو أهل الوصايا. قال أصبغ : إن كانت عجلة مبادرة بلا استبراء لاجتماع المال وتنفيذه فيضمن فإن لم يعلم ويكون كالخطأ والخطأ مضمون.

ومن المجموعة قال ابن كنانة : ومن أوصى بعتق وصدقة فأنفذ الوصي الصدقة قبل العتق ولم يكن في الثلث سعة فإن العتق يمضي وتؤخذ الصدقة ممن أعطىها.

وقال ابن حبيب عن أصبغ في الوصايا تنفذ بالعتق ثم يطرأ دينٌ فإن فعله الوصي بجهالة ردَّ العتق وبيع للدَّين.

قال أبو محمد : أراه يريد في عُدْمِ الورثة أو كان الدَّينُ محيطاً، وإذا علم الوصي وكان له مالٌ ضمن فإن لم يعلم أو علم إلا أنه عديم ردَّ العتق حتى يقضي الدَّين.

قال ابن السموذ في الوصي يُنفذ الوصايا ثم يظهر أن الميت أوصى بعتق عبد - يريد بعينه - لم يعلم به الوصي فإذا كان فيما صار إلى الورثة من بقية الثلث بعد الوصايا قدر قيمة هذا العبد فأكثر لم يرجع على أهل الوصايا بشيء، وإن كان ذلك أقل من قيمته رجع على أهل الوصايا بما يعتق به ويتبع المُلِّي منهم بجميع ما بيده / ولأصبغ فيه تفسيرٌ لم يعجبنا فهذا الصواب قال محمد : وليس¹²² كالوارث يطرأ هذا على أن في الوارث اختلافاً وإنما هو كغريم طراً على ورثة كما قال ابن القاسم لأنه مُبَدَأٌ على أهل الوصايا كما الغريم مُبَدَأٌ على الورثة فله أخذ ما بيد المُلِّي.

ومن العتبية⁽¹⁾ من رواية أبي زيد : ومن أوصى بعتق عبده وهم قدرُ الثلث فعتقوا ثم لحق دَينٌ وقد قَسِمَ المالُ فثلث الدَّين يُخرَجُ من العبيد فيُقرَعُ بينهم أيهم

(1) البيان والتحصيل، 13 : 322.

يباع فيه وثلاثا الدّين على الورثة في ملائهم وعدمهم، وهذا مستوعب في التفليس، وذكر أصبح أن الموصى له إذا طرأ على الورثة أتبع الملىّ بجميع ما أخذ حتى يأخذ حقه كغيره طرأ على ورثة وإن قدم على موصى لهم لم يتبع الملىّ بما على المعدم.

ومن المجموعة وكتاب ابن المواز قال ابن القاسم : وإذا أوصى برقة تُشترى للعتق بقدر الثلث وأنفذ ذلك ثم لحق دَينٌ محيطٌ رَدَّ العبد رقيقاً فإن لم يُحِطْ بماله بُدئَ بالدّينِ وعتق من العبد مبلغُ ثلث ما بقي، وإن علم الوصيّ بالدّينِ فهو ضامن، وإن لم يعلم أو علم وهو عديمٌ رَدَّ العتق.

قال ابن المواز عن ابن وهب وأشهب عن مالك : فإذا أعتق عنه الوصي رقة أوصى بها بعد إذن السلطان ثم لحقها عَوْلُ دينار إلا كسراً⁽¹⁾ أن على الوصيّ غَرمه.

قال أشهب عن مالك في العتبية⁽²⁾ والمجموعة وكتاب ابن المواز : إن لحق الرقة المعتقة سبعة عشر ديناراً عَوْلاً قال : يمضي العتق وتكون الدنانير على الوصي وقال له الوصي إنما اشتريت لغيري في السوق مع بيع / السلطان قاضياً؟ قال : نعم.

في الميت تنفذ وصاياه ثم تُستحق رقبته أو تشهد بينة بموته ثم يُقدّم حياً

قال : وهذا الباب في كتاب الإستحقاق مذكورٌ بزيادة فيه. من كتاب ابن المواز قال مالك : في الميت تنفذ وصاياه وتباع تركته ثم يستحق رجل رقبته فإن كان يُعرَف بالحرية قال محمد بن يزيد : قد ظهر ذلك وانتشر فذلك نافذ كله ولا شيء على وصي ولا على متباع ولا على أخذ المال للحج وإن كان ذلك قائماً بعينه

(1) في الأصل، إلا كَسَرَ سياق الكلام يقتضي النصب على الإشتاء.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 76.

إلا أن يريد أن يدفع الثمن ويأخذه إن لم يفت فذلك له وإلا فإنما يرجع على الوصي بما يجد عنده من الثمن كقول مالك فيمن قامت بينة بموته فبيعت تركته ثم يأتي حياً فإن اشتبه عليهم مثل أن يروه في معركة صريعاً فظنوا أنه مات أو شهد عندهم قوم بموته فلا ردّ لما بيع وتردّ إليه امرأته إن نُكِحَتْ قال محمد : ويردّ ما أنفذ من وصاياهم من عتق وغيره، وأما ما بيع فلا يُردّ إلا أن يجد شيئاً لم يفت فيأخذه بالثمن ويرجع هو على مَنْ وَلِيَ البيع بالثمن وما عتق مما بيع أو اتخذ أم ولد أو فات بزيادة بدنٍ أو غيره فلا يأخذه ويرجع بالثمن على بائعه، قاله كله مالك، وإن تعمّدوا الزور نُقِضَ ذلك كله من بيع أو غيره ويردّ ما عتق المبتاع مما بيع وما اتَّخَذَ لولد فله أمته وقيمه ولدها ويأخذ متاعه بلا غرم ثمن وإن نما، ويرجع بالثمن على البائع إلا أن يشاء القادم / أن يُجِيزَ البيع ويأخذ الثمن من البائع فذلك له.

123 ط

**فيمن أوصى أن يباع عبده للعتق فأنفذ ذلك
ثم لحق الميث دينٌ. ومن أعطى لأذون ذلك
أو مكاتب مالا على عتق عبده ثم قام السيّد**

من العتبية⁽¹⁾ روى موسى بن معاوية عن ابن القاسم وذكره ابن عبدوس : فيمن أوصى أن يباع عبده رقبةً [فبيع بخطأ ما، بثلاثي ثمنه]⁽²⁾ ثم لحق الميث دينٌ فلا يرجع على المشتري بشيءٍ لأن الوصية للعبد وكأنه بيع ثلاثة ولكن ينظر إلى ثلث العبد فإن كان قدّر رُبْعَ التركة مما قبضَ في ثلثي العبد وغيره بيع من رقبة العبد بقدر ربع الدّين ما لم يجاوز ذلك ثلث رقبته فلا يزداد عليها ويكون ما بقي من ربع الدّين إن بقي شيءٌ من ثلاثة أرباع الدّين فيما بيد الورثة من التركة، وقد ذكّر عن مالك أن المشتري يغرم ثلث ثمن العبد ولا يعجبني.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 245.

(2) العبارة في الأصل، فبيع بخطأ ما ثلث ثمنه وصححناها وفق ما أثبتناه لانسجام الكلام بذلك وهذا التصحيح تقريري لأننا لم نتر على نسخة أخرى لمقابلة ما يتعلق بكتب الوصايا والله الموفق.

ومن المجموعة قال : وقد قال ابن القاسم أيضاً : أنه ينظر فإن كان العبد قَدَرَ ثُلُثَ جميع التركة رجع على المشتري بثلث قيمته ورجع هو على الورثة بثلث الثمن.

نقال : وقال أشهب : ولو قال رجل لمكاتبٍ أو لعبد مأذونٍ اعْتَقَ عبدك على ألف درهم وقيمتُه أكثر فللسَّيِّد أن يجيز ذلك أو رده رقيقاً وليس له أن يجيز عتقه على أن يبيع معطِي الألف بتمام ثمنه إلا أن يكون قال على أن يعتقه عني فيرجع عليه بما خَفَّفَ عنه إن كان مِلِّيًّا وإن لم يكن له مَالٌ فعتقه باطلٌ إن شاء سيِّدُ المكاتبِ أو العبدِ / إلا أن يدفع التخفيفَ الذي خَفَّفَ عنه من الثمن فإن لم يدفع ذلك يَبِيعُ من العبد بقدر ذلك التخفيف فقبضه السَّيِّدُ وعتق من العبد ما فضل عن ذلك، وإن كان العبد غير مأذونٍ فلك فسُخِّ بيع عبدك ورجع رقيقاً وإن شِئْتَ أمضيته بالثمن، وإن كان فيه تخفيفٌ فليس لك أن تقول أمضيته وأخذ التخفيفَ، بخلاف الأول، لأن الأول ثبت فيه عتقٌ لا يُردُّ إلا بعدم المعتق وهذا عتقٌ لا يجوز إلا بتجوزيك للبيع.

في الوصِّي يشتري العبدَ فيعتقه بالوصية
ثم يستحق بملك أو حرية أو بعضه أو يُسْتَحَقُّ ثمنه
أو يجزى أو يتلف الثمن أو الثلث بعد القسم أو قبل
أو أوصى بعتق عبده فاستحقَّ أو أبى

من المجموعة وكتاب ابن المواز قال أشهب : ومن ترك ثلثمائة درهم وأوصى أن يشتري بثلته رقبةً تُعْتَقُ ففعل ذلك الوصِّي وأخذ الورثة مائتين ثم استحقَّ العبدُ فرجع الوصِّي بالمائة فتَلَفَتْ في يديه قبل أن يبتاع بها أخرى فلا شيء عليه ولا على الورثة ولا يقاسموا مرتين كما لو تلف بعض ما أخذوا لم يرجعوا في الثلث بشيء. قال ابن القاسم : ولو أُخْرِجَ ثمنُ الرقبة قبل القسم فضاغ فليرجع يشتري من ثلث ما بقي أبداً ما لم يقع القسم لأن المال بحاله والرقبة لم تنفذ، فأما لو أخذ الورثة بالثلثين وعزَّلَ الثلث للوصايا لم يرجع عليهم بسبب يحدث في الثلث إلا أن

يكون «رث الورثة أكثر من / الثلثين فيرجع عليهم في بقية الثلث فقط، فإن لم يكن فيه ثمن رقبة وهي التي تخرج جعل ذلك في بعض رقبة أو قطاعه⁽¹⁾».

قال ابن المواز قال أصبغ : وكذلك لو جئت فأسلمت قال أشهب : ولو كان بعينها أو يشتري من شيء بعينه فذهب أو ماتت المَعِينَةُ بطلت الوصية، ولو اشترت المعينة فلم تعتق حتى جئت فلا تُسَلَّم لأن الحرية جرت فيها ولتعتق وتتبع.

ومن العتبية⁽²⁾ عن ابن القاسم أو أشهب وهو في كتاب ابن المواز لأشهب : وإذا أوصى بعتق رقبة بثلاثين ديناراً فابتاعها الوصي فأعتقها ثم استحق نصفها فالمستحق مخير أن يجيز البيع ويأخذ الثمن في نصفه أو يرده ويقومه على الوصي في ماله لا على الورثة، قال محمد بن المواز : ويرجع الوصي على البائع بنصف الثمن فيجعله في النصف المستحق فيشتريه إن وجدته.

قال أصبغ : وقد كان قال لي قبل ذلك إنما يُقَوَّم على الورثة في مال الميت، قال ابن المواز : وإلى هذا جنح أصبغ ولا يعجبنا القولان، ولكن إن كانت الثلاثان⁽³⁾ بعينها فلا يعتق إلا نصفه حتى يؤخذ من البائع بقية ثمنه فيتم به عتقه وإن لم تكونا⁽⁴⁾ بعينها فليتم عتق ما بقي منه من ثلث ما بقي بعد أن يسقط منه نصف الثلثين التي تُلَفَّت عند البائع.

قال ابن المواز : قال أشهب : فيمن أوصى أن تُعتَق عنه نسمة بهذه المائة دينار بعينها فاشترت بها وعتقت ثم لحق الميت دين أو استحققت المائة أو بعضها قال : إن ضاعت تلك المائة / بعينها أو استحققت قبل دفعها فالوصي ضامن¹²⁵ لثمن النسمة لأنه ابتاعها وأعتقها وينفذ العتق ولا شيء على الورثة لأن التي فيها الوصية قد ذهبت بعينها.

(1) كذا في الأصل وأظن أنها محرفة عن قوله أو عتاقة.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 288.

(3) في الأصل، إن كانت الثلثين.

(4) في الأصل، وإن لم يكن سياق الكلام يقتضي ما أثبتناه.

قال محمد : وكذلك لو لم يعتقها وضاعت المائة لنفذ البيع ووُدِّيَ المائة ولم يؤمن بالعتق. وكذلك لو كان الأمر حياً لم يلزمه شيء ولزم المأمور الثمن، هذا قول مالك وأصحابه ولا يُردُّ عتقه إذا أعتق ولو لم يعتقه حتى ضاع الثمن أو استُحِقَّ فإنه لا يعتق ويلزم الثمن المشتري، وأما في الدَّين فَيُردُّ العتق ولا يلزم الوصي شيء كما يرد الغرماء عتق المديان، ولو استُحِقَّ بعض المائة قبل الشراء فليشتر بما بقي منها ولو وُدِّيَ المشتري من عنده تمام الثمن وأعتقت على الشركة فيها جاز ذلك وأكره أن يفعل وشري رقية بما بقي أحسن ولكن لا يردُّ ويكون كمن لم يجد فشارك في رقية. ولو لحق المائة دَينٌ لا تُخرُجُ المائة من الثلث معه أو كان لا يخرج ولا دَينٌ عليه فالوصي يضمن تمام الثمن في هذا إلا أن يبقى من الثلث بقية بعد قضاء الدَّين فيها وفاء فلا يرجع إلا عليهم وإما أعتقها ولم تُخرُج من الثلث للدَّين طراً أو غيره يضمن لأنه أخطأ فصار كالتعدي.

قال محمد : ليس بتعدُّ⁽¹⁾ إلا أن يعاجل أو يبادر أو يأتي ذلك عالماً وإلا لم يضمن ويرجع فيما أنفذ من عتق أو وصية وكذلك لو دفع ذلك إلى الورثة فأكلوه لم يضمن إلا أن يُعَجَّلَ والميت يعرف بالدَّين فهذا يضمن إذا لم يوجد ما يبيع من مال الميت ويتبع هو الورثة / قال أشهب : وإن أوصى أن يباع عبده فلان ويشتري بشمته نسمة تعتق ففعل ذلك الوصي ثم استُحِقَّ المبيع فالوصي ضامن للثمن ولا يُردُّ العتق ولا يرجع على الورثة في الثلث، لأن الميت أوصى في شيء بعينه، قال محمد : جيدة إلا أن الوصي يرجع على من باع من الميت بسبب ما غرم.

قال أشهب : ولو ردَّ عبد الميت بعيب فليرد الوصي الثمن ويباع المعيب فإن لم يَف فما بقي على الوصي وإن زاد اشترى بالزيادة رقية تعتق عن الميت إن حمل وإلا أعين به في رقية والولاء للميت مع ولي العبد الأول ولو كان إنما اشترى النسمة بعبد الميت فردَّ عبد الميت بعيب أو استُحِقَّ وقد عتقت النسمة لضمن الوصي تباعة ذلك، وإن لم يعتق فلا يعتق ويُردُّ إلا أن تفوت بزيادة أو نقص في سوق أو

(1) في الأصل، ليس بتعدي بإثبات ياء المنقوص رغم تنوين الاسم.

بدن - يريد فتلزمه القيمة - ولو باع الوصي عبداً من التركة لا وصية فيه ودفع الثمن إلى الورثة ثم استحق لم يرجع إلا على الورثة إذا بين أنه يبيع لغيره كالوكيل.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم : فيمن أوصى بعرق عبده وبباقى الثلث لفلان فاستحق العبد أو ثبت أن الميت أعتقه في صحته فليس لفلان إلا ما بقي من ثلثه بعد قيمته. ولو أوصى بعرق عبده وبوصايا فكان العبد هو الثلث فبدئ بالعرق ثم استحق ورجع بثمنه على البائع فليرجع أهل الوصايا في ثلث ما بقي من التركة وفي ثلث ثمن العبد قبض أو لم يقبض، وإن أوصى بعرق عبده وبباقى ثلثه لفلان فأبى العبد فإنه يُقَوَّم، / فإن كان هو الثلث فلا شيء لصاحب باقى الثلث وإن زاد الثلث على قيمته أُعْطِيَ الزائد.

126 ر

في الوصي يعتق بالوصية عبداً نصرانياً أو مُدَبَّرًا أو معتقاً⁽²⁾ بعضه ولم يعلم أو اشترى بثمن الرقبة رأسين فأعتقهما

من المجموعة والعتبية⁽³⁾ من رواية أبي زيد قال ابن القاسم : إذا أعتق الوصي رقبة فإذا هي نصرانية ولم يعلم فإن كانت واجبة من ظهار أو غيره ضمن الوصي لأنه فرط، ولو قال الميت رقبة ولم يفسر فهي على أنها غير واجبة حتى يتبين أنها واجبة، وذكر في رواية أصبغ في العتبية⁽⁴⁾ وفي كتاب ابن المواز : أنه يضمن ولم يذكر واجبة ولا غير واجبة، قال ابن القاسم : إلا أن يكون قاضياً قضى به فلا يلزمه شيء لأن غيره أنفذه، وقاله أصبغ قال أصبغ : لأن تنفيذ القاضي كتنفيذه بعد الاستيناء وبلوغ الأمر أجله فتنفيذه عند ذلك كتنفيذ القاضي.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 91.

(2) في الأصل، ومعتق عليه وسباق الكلام يقتضي النصب عطفاً على ما قبله.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 342.

(4) البيان والتحصيل، 13 : 342.

قال : ولو اشترى الوصيُّ مُدَبَّرًا فأعتقه ولم يعلم فلا يجري وإن كان عن تطوع. قال ابن المواز : بل يجري في التطوع والواجب وقد نَفَذَ العتق وبطل التدبير ولا يرجع على البائع بشيء من قيمة عيب ولا غيره، وقاله عبد الملك.

قال عيسى عن ابن القاسم : وإن أوصى أن يُعْتَقَ عنه عَبْدٌ بالخمسين فاشترى الوصي بالخمسين رأسين فأعتقهما عنه قال : يَنْفَذُ عتقهما وعلى من فعل ذلك من وصيٍّ أو غيره ضمان عند يسرته بخمسين ديناراً فيعتقه عن الميت.

ومن المجموعة قال / عليٌّ عن مالك : في الوصيِّ يشتري رقبة فيعتقها من الوصية فَوَجِدَتْ قد كان أُعْتِقَ نصفها فليُرَدَّ البائعُ الثمنَ فيُجْعَلَ في رقبة أخرى ويبقى له نصفها رقيقاً.

في الوصيِّ يقضي عن الميت الدَّينَ بغير بَيِّنَةٍ أَرِ يُقَرَّرُ أَنَّهُ قَبْضَ دَيْنِ الميت واليتامى في ولايته أو قد رشدوا أو أن الأب قبضه

من المجموعة قال أشهب : وللوصي أن يقضي الدَّينَ عن الميت بغير أمر قاضي إن كان فيه بينة عدول وثقة له ألا يدفع إلا بأمر قاضي، لأنه لو بلغ بعض الورثة فجرَّحَ شهود الدَّينَ لضمن وأخذت مِمَّنْ قبضها، ولو كان بأمر قاضي لم يرد ولا يُقْبَلُ تجريحهم لأنه حُكِّمَ نَفَذَ، وإن دفع الوصيُّ إلى الغريم ثم قام آخرون فأثبتوا دَينَهُمْ وجرحوا بينة الأول فالوصيُّ ضامن ويرجع على الأول بما أخذ أو يُغَرِّمُهُ القائمون إن شأؤوا ويدعون⁽¹⁾ الوصيَّ ثم لا يرجع الأول على الوصيِّ بشيء، ولو دفع إلي، بقضية لم يضمن للقائمين بعده وليرجعوا على الأول بحصتهم، وكذلك قال ابن القاسم : إن كان الوصيُّ عالماً⁽²⁾ بغرماء الميت أو كان موصوفاً

(1) في الأصل، ويدعوا بحذف نون الرفع.

(2) في الأصل، إن كان الوصي عالم أي برفع خبر كان والصواب ما أثبتناه. وهذه الظاهرة تكرر عند ناسخ هذا الكتاب وإلا فإن المؤلف بريء من مثل هذه الأخطاء.

بالَّذِينَ فيضمن لمن ألى ويرجع على مَنْ أخذ، وأما إن لم يعلم ولم يكن الميث موصوفاً بالَّذِينَ لم يرجعوا إلا على مَنْ أخذ، وقال : في قضاء الورثة بعض الغرماء كما قال في الوصي، وقال مثله عبد الملك إذا تابوا ولم يعجلوا وبعد الصياح⁽¹⁾ في الذَّين وفعلوا ما كان يفعله السلطان فلا يضمّنوا، وأما إن عجلوا ضمّنوا فإن لم يكن / عندهم شيء رجع الطارئ على الأوّل.

قال أشهب في الوصيّين يدفعان⁽²⁾ دَيْنًا بشهادتهما أو الوارثين ثم يطرأ دين أو وارث يقوم فإن دفعاً بأمر قاضي لم يضمّنوا ويُرْجَع على الأوّل وإنما تُقْبَل شهادتهما قبل أن يدفعاً وأما بعد الدفع، وإن كان بغير أمر قاضي فيضمّنان.

ومن كتاب ابن المواز والمجموعة قال أشهب : وإذا أقر الوصي أنه قبض دَيْن اليتامى فأقراره جائز، وإن أقر بذلك وقد أخرجوا من ولايته فهو شاهد، وإن أقر وهو ياليهم أن الميث قبضه فهو شاهد ولا يبرأ الدافع إلا بيمين مع شهادته، قال : ولا يكتب الوصي لغريم الميث براءة إلا مما قبض منه ولا ينفعه إن أبرأه من غير ذلك.

قال ابن القاسم : إذا أقر الوصي بقبض دَيْن الميث ثم قام اليتامى بعد الرشد على الغرماء فهم بُرَاء بقول الوصي ادّعى أنه ضاع أو لم يدّع، وإن ادّعوا الدفع إليه فأنكروا ونكل عن اليمين فضمّنهُ مالك في اليسير ووقف في الكثير وضمّنهُ ابن هرمز في القليل والكثير، وبه قال ابن القاسم. وقال أشهب : إذا نكل حلف الغرماء وبرئوا وضمن الوصي.

ومن الكتابين قال مالك وابن القاسم وأشهب : وإذا دفع دَيْنًا إلى غريم للميت بغير بينة فأنكر ضمن الوصي إذا لم يشهد، وكذلك لو قال : أشهدت ومات شهودي أو نسوا لضمن.

(1) كذا في الأصل، ولم يتبين لنا معناه.

(2) في الأصل، يدفعان بحذف نون الرفع بلا مبرر.

قال ابن المواز قال أشهب : وكذلك إن أشهد فماتوا أو غابوا فلم يجدهم
 127 ط ضمن، وإذا حلف الغرماء فإن نكلوا / فلا حق لهم ولا تُرَدُّ في هذا يمين على
 الورثة ولا على الوصي أنه قضاهم، قال محمد : بل تُرَدُّ اليمين على الوصي فإن نكل
 ضمن إلا أن يكون عديماً فيغرم ذلك الورثة - يريد من التركة - ويتبعون⁽¹⁾
 الوصي، وقاله ابن القاسم - يريد محمد : ولابد من يمين الغرماء أن الدَّين لهم ما
 قبضوه من الميت ولا سقط عنه إلا الآن وهذا يتم الحكم لهم وإلا فلا.

قال أشهب في المجموعة : لا تُرَدُّ في هذا يمين لا على وارث ولا وصي أنه
 قضاهم، وكذلك مَنْ له دين على ميت فلا بد من يمينه أنه ما قبضه وإلا فلا شيء
 له ولا يحلف الورثة أنه قد قبض إلا أن يدعوا علم ذلك، قال سحنون : أما دعوى
 الوصي أنه قضاه ببينة ماتوا أو نُسوا فإن طال الزمان حتى يرى أنهم نسوا أو ماتوا
 فعسى أن يُقبَل قوله، وأما في القرب فلا. قلت فلم لا يُصدَّق وهو أمين ؟ قال :
 فلو قال قد ثبت عندي أن لفلان على الميت ديناً وقد دفعته إليه أُنصدَّق ؟

ومن كتاب ابن المواز قال مالك : وإن دفع الوصيان ديناً على الميت
 بشهادتهما فإن كان بقضاء قاض بعد أن أجاز شهادتهما لم يضمنا ولا طلب
 للورثة على القابض وإن كان بغير قضية ضمنا ولا تُقبَل شهادتهما فيه بعد أن
 دفعاه إلى قابضه.

في الوصي يجد في التركة خمراً أو خنزيراً
 أو شِطْرُجاً، وفيما أفسد الورثة من تركة الميت
 ومن أوصى بأمر لا يجوز هل ينفذ⁽²⁾

ومن العتبية وكتاب محمد / وغيره قال مالك : أحسن ما سمعت أن أول
 128 ط الحمل كالمرض الخفيف لصاحبه يضع في ماله ما شاء قال الله تعالى : ﴿حَمَلَتْ

(1) في الأصل، ويتبعوا بحذف نون الرفع.

(2) هكذا في الأصل، والعنوان غير مطابق للنص التالي المتعلق بالحمل والأمراض الطويلة إلخ. ولا شك أن
 النص هنا مقحم خطأ بدل النص المعنون له.

حَمَلًا خَفِيفًا فَمَرَّتْ بِهِ فَلَمَّا أَثْقَلَتْ⁽¹⁾ فحين تثقل فأفعلها في الثلث وأول الإتمام ستة أشهر لقول الله سبحانه ﴿وَحَمَلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا﴾⁽²⁾، والفصال حولان فما أعتقت أو تصدقت بعد ستة أشهر فما كان بمعنى الوصية فلها الرجوع فيه قبل الوضع وبعده وما كان بمعنى البتل فلا رجوع لها فيه وإن وضعت وصحت وإن ماتت فهو في الثلث.

قال مالك : والزاحف إلى القتال في الصف كالمریض في أفعاله وكذلك من حُسِبَ للقتل وكذلك راكب البحر إذا أخذه الهول وخاف الغرق، وبه قال أشهب. وفرق ابن القاسم بينه وبين الزاحف وَمَنْ حُسِبَ للقتل وقال : هو كالصحيح.

وروى عبد الملك بن الحسن في العتبية⁽³⁾ عن ابن وهب : فيمن أخذه هول العاصف في البحر كالمریض. وكذلك من جمحت به الدابة أو قَرَّبَ للقتل.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك : في الشيخ الكبير به البُهرُ⁽⁴⁾ الشديد والبلغم لا يقوم إلا بين اثنين وقد احتسب في منزل فإن فعله كفعل الصحيح إلا أن يأتي من ذلك ما يُخَافُ عليه منه فيكون كالمریض، وكذلك روى عنه ابن وهب في الأجذم والمفلوج وأهل البلاء أنهم كالصحيح إلا فيما يُخَافُ عليهم منه، وقاله عنه ابن القاسم.

قال عثمان بن عيسى بن كنانة في الأمراض الطويلة مثل الفالج والجذام والبرص والجنون والحمى الربع وشبهه فهو / كالصحيح في أفعاله من عتق وصدقة وبيع وطلاق ونكاح وغيره ما كان خفيفاً لا يُضَجِّعُه حتى لا يُجَرَّحَ،

128 ظ

(1) الآية 189 من سورة الأعراف.

(2) الآية 15 من سورة الأحقاف.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 256.

(4) البُهرُ : انقطاع النفس من الإعياء يقال بُهرَ بصيغة المبني للمجهول وانهر انقطع نفسه من السعي الشديد فهو بهير ومبهور ومن هذه المادة الأبهران وهما العراق اللذان يخرجان من القلب ومنهما تشعب كل الشرايين يقال ما زال يراجع الألم حتى قطع أبهره أي أهلكه.

وأما إن كان في ذلك بين القلة لا يجرح الآخر وجاء يرى أنه يريد أن يمضي به فعله فأعمال هذا في الثلث وقد شاور قاضي المدينة العلماء فيمن به ريح وهو يدخل ويخرج ويسافر وهو مضرور مصفر مُعْتَلِّ يمشي أحياناً الأُميال فأجازوا أفعاله من نكاح وطلاق وغيره ورأوه كالصحيح.

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه

الجزء الثاني من كتاب الوصايا

في المريض يريد أن يُعَجَّل في مرضه صدقةً أو (نذراً) عليه
أو يحايي في بيع أو يقضي بعض غرمائه

قال عبد الله بن أبي زيد ومن المجموعة قال عليّ عن مالك : ليس للمريض أن يتصدق في مرضه بما بينه وبين ثلثه إذ لعله لا يموت حتى يذهب ما بقي بنفقة أو مصيبة ولا له أن ينفق إلا على وجه ما لا يُسْتَنَكَّرُ، قال عنه ابن القاسم : ولا له أن يتصدق عن أبيه صداقاً أو ينحله فإن فعل فنكح بها أو ساق ذلك عنه ثم مات فلورثته ردّه وتتبع المرأة الإبن، ولا له أن يصل بعض ولده دون بعض.

قال أشهب : وإن بتل عتق عبده في مرضه وله مال مأمون فله حُكْمُ الرِّقِّ حتى يموت سيده فيعتق ويبيدُّ على الوصايا وقد تخرب الرباع قبل موته.

ومن كتاب ابن المواز قال : وإذا باع المريض عبداً قيمته ثلثمائة دينار بمائة ثم مات ولا مال له غيره ؟ قال : / فللمبتاع ثلثاؤه ثلث بالوصية وثلث بالمائة. 129 و
ولو باع ديناراً لا يملك غيره بثلاثة دراهم يُقْضَى بيعه ويردُّ الورثة ثلثه الدراهم ويكون ثلثا الدينار لهم وثلثه للمشتري. قال : وله أن يقضي بعض غرمائه في مرضه دينه إذا كان فيما بقي وفاءً لمن بقي، وجرى في كتاب العتق في باب من أقر في مرضه أنه أعتق عبداً في صحته مسائل من معنى هذا الباب وفي عتق عبده في مرضه وله دَيْنٌ على سيده مثل قيمته.

في الموصي يُغَيَّر وصيته أو يرجع عنها
وما لا يرجع فيه من البتل والتدبير
وما يُفَرِّق به بين الوصية بالعتق والتدبير

من المجموعة وغيرها قال مالك : الأمر المجتمع عندنا أن للرجل أن يُغَيَّر وصيته ويرجع عنها أوصى في صحة أو مرض أو عند سفر بعث أو غيره. قال في كتاب ابن المواز : يرجع في مرضه أو بعد صحته إلا فيما أبتل.

ومن المجموعة قال ابن القاسم : إن قال إن مت فعبدي حرٌّ أو قال بعد موتي بشهر أو إن مت فاعتقوه فذلك سواء - يريد وهي وصية - قال مالك : وإن قال : هو حرٌّ يوم أموت فإن أراد التدبير فهو مُدَبِّرٌ وإلا فهي وصية، قال عنه ابن وهب : كل عتق بعد فهو وصية. حتى يُنصَّ على التدبير فيقول عن دبر مني وذكر / قول أشهب : أن فلاناً حرٌّ وفلاناً حرٌّ قال إذا أجزاها مجرى الوصية 129 ظ فله الرجوع فيها. قال عليُّ عن مالك : إذا قال غلامي حر متى مت فإن استيقن أنه أراد أن لا يغير ما عقد له حتى يموت فهو مُدَبِّرٌ.

قال ابن القاسم : وإن كتب في أتمه أنها مُدَبِّرَةٌ إن لم يحدث فيها حدثاً فهذه وصية. قال ابن القاسم : وإن قال : عبدي مدبر بعد موتي فهو كالوصية، ويفكر فيها سحنون ولم يقل شيئاً قلت له : فيكون قوله هذا أكثر من قوله أنت حر بعد موتي ؟ قال : بما أحلفه ودعني حتى أنظر.

قال عنه ابن وهب : في الحامل أو المريض يعتق أو يتصدق فإذا كان بمعنى الوصية يدل بعض ذلك على بعض فيُعَلَم أنه وصية فله أن يرجع فيها، فإن لم يُعَلَم وجه ذلك فليس في ذلك رجوع وينفذ. قال عنه عليُّ : في المريض يعتق أو يتصدق ولم يقل إن مت ثم صح فقال : أردتُ إن مت وقالت البينة ظناً أنه أراد البتل قال : يُنظر في ذلك بما يُستدل به على قصده، فإن رأى أنه أراد الوصية فهو وصية يرجع فيها وإلا فلا رجوع له. قال عنه عليُّ : في مريض قيل له : أوصي فقال : فلان حرٌّ ثم صح فقال : أردتُ بعد موتي فذلك له قيل : فهو

لا يتكلم فقيلاً له : اعتق فلاناً فأشار برأسه أن نعم فإن عُرِفَ أن عقله معه وإنما مُنِعَ الكلامَ فذلك نافذٌ من ثلثه، وإن رأى أنه غلبَ على عقله فهو باطلٌ وما يُعَرَفُ به ذلك أن يسمي له غيره فيشير بلا فإذا سمى له قال نعم.

ومن كتاب ابن المواز : ومن حَبَسَ داراً في مرضه / ثم هي في السبيل ثم رجع عن ذلك فذلك له، محمد : لأنها وصيةٌ ولم يتل ذلك. قال ابن وهب عن المخزومي : فيمن قال في وصيته لفلان عشرةً دنانير صدقةً وعبدني فلان حرٌّ وفلان مُدَبَّرٌ ثم رجع بعد أن صح فقال : لم أبتل ذلك فذلك له إلا في التدبير لأن العتق يمكن أن يكون بعد الموت فحُمِلَ أنه بتل تدبير للمدبر فإن بين فقال : مدبر بعد موتي قال : فليس لذلك موضعٌ إلا أن يريد اللَّعِبَ ويُحْمَلُ على تدبير البتل قلت : إنه عالمٌ غير جاهل فوقف. قال ابن القاسم : إن قال : إن مثٌ من مرضي هذا فعبدني مدبرٌ فلا يرجع فيه. قال أصبغ : ينزل منه على التدبير ولو دبره على غيره فله أن يرجع، وبعد هذا مسألة ابن كنانة فيمن أوصى لرجل بأَمَتِهِ عن دبر منه في باب مفرد.

ما يكون من أفعال الموصي رجوعاً عن وصيته
وما لا يُعَدُّ رجوعاً من تغييره-الشيء
أو إحداثه صنعةً فيه أو زيادة فيه وشبه (ذلك)⁽¹⁾

من المجموعة والعتبة⁽²⁾ من رواية عيسى قال ابن القاسم : فيمن أوصى لرجل بدني له على رجل ثم اقتضاه في مرضه فأنفقه أو استودعه فهو رجوع ولا شيء له. قال في العتبة⁽³⁾ : إلا أن يوصي له بمائة مبهمه أو عُرِفَتِ المائة بعينها ولم يحرك.

(1) كلمة ذلك ساقطة من الأصل.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 90.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 90.

قال ابن القاسم في المجموعة : وإن أوصى له بزرع ثم حصده أو بشمر ثم جَذَّه أو بصوف ثم جَزَّه فليس برجوع / إلا أن يدرس القمح ويكتالَه ويدخله بيته فهذا رجوع، وإن أوصى له بعبد فرهنه فليس برجوع وليبدأ من رأس المال ولو أجره فالعبد للموصي، قاله مالك.

130 ظ

ومنه ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم وأشهب : فإن أوصى له بثوب فصبغه فالثوب بصبغه للموصي له.

قال أشهب : وكذلك لو غسله أو كانت داراً فجصَّصَها أو زاد فيها بناءً أو سويقاً⁽¹⁾ فَلْتَهْ لأنه لم يتغيَّر الاسم عن حاله. قال أشهب : ولو أوصى له بعروة فبناها داراً فذلك رجوع، ولو أوصى له بدار فهدمها حتى صارت عروة فليس برجوع فيها كله لأنه موصى له بعروة وبناء فأزال البنيان وأبقى العروة.

قال في كتاب ابن المواز : ولا وصية له في النقض الذي يُقْضَى. قال : وأما الموصي بعروة فيبنيها فإنه لا يقع عليها بعد البناء اسمُ عروة. وقاله سحنون في العتبية⁽²⁾.

قال ابن عبدوس : قال ابن القاسم : إذا هدم الدار فالعروة والنقض للموصي له، قال عنه أصبغ وأبو زيد في العتبية⁽³⁾ : وإذا أوصى له بعروة ثم بنى بها لكانا شريكين فيها بقدر قيمة البناء في العروة، وقاله أصبغ. وكذلك لو أوصى له بثوب فصبغه أو بسويق فَلْتَهْ كانا فيه شريكين بقدره من قدر الصَّبْغِ واللَّتَاتِ.

131 ر

ومن المجموعة ونحوه في كتاب ابن المواز قال ابن القاسم : ولو أوصى له بغزل فحاكه ثوباً أو برداً فقطعه / قميصاً فهو رجوع، وقاله أشهب. قال أشهب : أو أوصى له بقميص ثم قطعه قباءً أو جُبَّةً فردها قميصاً أو ببطانة ثم بطن بها ثوباً أو

(1) السويق : الناعم من دقيق الحنطة والشعير.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 349.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 349.

بظاهرة ثم ظهر بها ثوباً أو بقطن ثم حشا به أو غزله أو بغزل ثم نسجه أو بفضة ثم صانعها خاتماً أو بشاة ثم ذبحها ثم مات فهذا كله رجوع وتبطل الوصية لأنه لا يقع عليه الاسم الذي أوصى فيه، قال أشهب : وإن أوصى له بثوب أو عبد ثم باعه فإن مات قبل أن يشتريه فقد رجع ولا وصية فيه، وإن اشتراه عادت الوصية فيه بحالها إن مات كان للموصى له وإذا أوصى له بعبد في غير ملكه أن يشتري ثم صار ذلك العبد إلى الموصي بميراث أو صدقة أو هبة ثم مات فالوصية فيه نافذة.

ومن العتية⁽¹⁾ قال أصبغ عن ابن وهب : فيمن أوصى لرجل بمزود جديد ثم لته بعسل أو سمن فليس برجوع كما لو أوصى له بعبد ثم علمه الكتاب قال أصبغ : ليس برجوع ويكون شريكاً بقدرها من قدر اللئات، وكذلك الثوب يصبغه والقاعة بينهما. قال ابن القاسم : وإن أوصى بِرِيطَةٍ⁽²⁾ فقطعها قميصاً قبل أن يموت أن هذا رجوع بخلاف وطئه للأمة.

وقال أبو زيد عن ابن القاسم : وإذا قال : ثوبي لزيد ثم قطعه قميصاً ولبسه في مرضه فليس برجوع وهو للموصى له، ولو قال شُتِّي لفلان ثم قطعها قميصاً أو / سراويلات كان رجوعاً لتغير الاسم، وإذا صبغ الثوب صبغاً زاده فليضرب فيه بقيمتة أبيض.

قال ابن حبيب قال أصبغ : في امرأة أعتقت أمتها في مرضها فقال لها من يجهل لا يجوز لها منها إلا الثلث، قالت : فإذا كان لا يجوز فأعتقوا ثلثها قال : هذا رجوع ولا يعتق إلا ثلث الأمة لأنها صدقت من قال لها ذلك، ولو قالت : فإن كان لا يجوز ذلك فاعتقوا ثلثها فهذه كلها تعتق في الثلث لقولها فإن كان كأنها قالت وإن لم يجز ذلك.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 299.

(2) الرِيطَةُ : الملاعة إذا كانت قطعة واحدة ونسجاً واحداً ولم تكن بفلقين والجمع رِيطٌ ورياط.

فيمن أوصى بشيء لرجل ثم باع ذلك أو انتفع به
أو هلك بعضه ثم أخلف مثله أو زاد في العَدُّ أو نقص
أو غيّر اسمه وقد عيّن أو أبهم

من العتية⁽¹⁾ روى أشهب عن مالك : فिमِن أوصى لرجل بثيابه ثم باع
بعضها وأخلف ثياباً أو بمتاع بينة فتكسر الصفحة ويذهب الشيء ثم يخلفه فذلك
للموصى له، وكذلك من أوصى لأخيه بسيفه وذِرْعِه فهلك ذلك ثم يخلفه فهو
للموصى له كما لو أوصى له بحائطه فيكسر منه النخلات ويغرس فيه وَدِيّاً⁽²⁾ أو
يُنْبِتُ فيه وَدِيّاً ويزرع فيه زرعاً فذلك له وهذا الذي أراد الميت وأما لو أوصى له
بعبد بعينه قال في كتاب ابن المواز : أو بعته فمات العبد فأخلف غيره
فبخلاف ذلك، ولو قال : رقيقى أو ثيابي لفلان فمات بعضهم / وخلف بعض
الثياب فأفاد رقيقاً وثياباً فللموصى له جميع رقيقه وثيابه كما لو أوصى لرجل بسُدْسٍ
ماله فله سدس ماله على ما هو به يوم يموت، وكما لو قال : إذا مِتُّ فرقيقى أحرارٌ
فبيعهم وابتاع غيرهم فالوصية بحالها، وكذلك لو زاد إليهم غيرهم، ولو قال :
عبدى النوبى أو الصقليّ حرّاً فباعه واشترى مثله صقليّاً أو نوبياً أو حَبْشِيّاً آخر
فلا عتق له كما لو اشترى معه غيره لم يعتق ذلك الغير.

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أوصى في عبد له بالعتق أو لفلان فمات العبد
أو باعه أو وهبه ثم اشترى عبداً غيره فإن كان الأول بعينه سماه أو قال : هذا من
رقيقى أو من إبلى لزيد فمات بعضهم ثم أفاد غيرهم من إبل أو عبید فالوصية
ترجع فिमِن أفاد كما كانت.

قال أشهب عن مالك : وكذلك قوله : ثيابي أو سلاحي أو متاعي فيذهب
ذلك ويستحدث مثله فإن الوصية فيما أفاد قائمة، قال مالك : وكذلك لو
كانت له دُورٌ محبسةٌ حبسها هو أو أبوه أو أجنبيٌّ ومرجعها إليه وكذلك جملة

(1) البيان والتحصيل، 13 : 24.

(2) الودّي : صغار الفسيل والواحدة وَدِيَّةٌ سمي بذلك لأنه يخرج من النخل ثم يقطع فيغرس.

الشارد وعنده الآبق يرجع ذلك كله إليه بعد موته ولو بعد سنين وكذلك قوله :
 حائطي لزيد فانكسر نخلات منه وغرس مكانهن أو زاد أو زرع، محمد : لأنه
 حائط بعينه باق فأما لو ذهب الحائط فاشترى آخر فلا شيء فيه للموصى له إذا
 عينه / أو قصد تعيينه، وإن لم يقل هذا الحائط بعينه ولكن وصفه بصفة ثم هلك
 الحائط أو باعه أو استحدث مثله في صفته فاختلف فيه، فابن القاسم يقول :
 تسقط الوصية وروى هو وأشهب عن مالك : في التي قالت : ثوبي الحُرَّ لفلانة
 فذهب ثوبها وأخلفت مثله أنه لا شيء للموصى له فيه وخالف ذلك أشهب فيمن
 أوصى برقيقه فسامهم ووصف سلاحه وثيابه بصفة ذلك وجنسه ثم استهلك
 بعض ذلك واستفاد مثله ثم هلك قال : فلا يكون ذلك للموصى له إلا أن يوافقه
 في الاسم، مثل أن يقول : عيدي نجيح النوبي حرٍّ وقميصي المروي [الكدر]⁽¹⁾
 لزيدي أو سيفي العدني في السبيل أن الوصية تقع في الثاني الذي هو مثل الأول في
 الاسم والصفة قال أشهب : فإن قيل فإن له إن حلف بحريته إن فعل كذا فباعه
 واشترى مثله اسماً أو صفة ثم فعل أنه لا يحنث قيل له : ذلك يختلف، لأن الوصية
 يُرجع فيها ولا يُرجع في اليمين، ولو حلف بعق رقيقه فيحنث فإنما يلزمه فيمن
 عنده يوم حلف.

وإذا أوصى برقيقه ثم بدلهم أو زاد أو نقص فإنما للموصى له من يكون عنده
 يوم مات لا يوم أوصى، قاله مالك. وكذلك وصيته في جزء من المال، ولم يأخذ
 محمد بقول أشهب حين جعل المبهمة والموصوف بالاسم والصفة سواء، ومسألة
 مالك في التي أوصت في ثوبها / الحُرَّ يرد هذا، وقال ابن القاسم : في الذي
 أوصى أن غلامي النوبي أو الصقلي حرٍّ فباعه ثم ابتاع مثله فلا يعتق إلا أن
 يشتريه هو بعينه، ولأنه لو قال : رقيقتي أحراراً في وصيته ثم زاد إليهم غيرهم
 لأعتقوا أجمعون، ولو قال : عيدي النوبي ثم اشترى مثله لم يعتق إلا الأول فليس
 المبهمة كالمقصود بالاسم والصفة، وهذا أخذ أصبغ.

(1) بعد التأمل في الأصل قررنا كتابتها على الشكل الذي وضعناه وإلا فهي غير واضحة تمام
 الوضوح.

قال محمد : وليس قوله عبدي أو ثلاثة أعبد كقوله عبدي، لأن قوله عبدي أو ثلاثة أعبد تعيين لهم لا يعدوهم العتق، وقوله عبدي غير تعيين بالعتق فيمن عنده يوم مات زاد فيهم أو نقص قبل ذلك. قال أشهب : إذا أوصى فقال : غلامي نجيح الصَّقْلِيُّ حُرٌّ فباع واشترى من اسمه نجيح وهو نوبِّي فلا وصية فيه حتى يوافقه في الإسم والجنس، ولو قال : غلامي نجيح حُرٌّ ولم يصفه بصفة فاشترى من اسمه مبارك فسماه نجيحاً لأعتق قال محمد : وقد أخبرتك أنه إنما يُنظر إلى المعين فيكون خلاف المبهم، ولو قال : غلامي نجيح ثم سماه مباركاً لم تزل الوصية عنه لأنه عبد نفسه، وقاله أشهب : ولو اشترى آخر فسماه باسم غير الذي اسمه لم يعتق إلا الأول، قال أشهب : ولو قال في وصيته : عبدي حُرٌّ ولم يُسمه وليس له غيره ثم اشترى غيره ثم مات فلا لاستحسان أن يعتق الأول، وبه أقول، لأنه إياه أراد، والقياس أن يعتق نصفها بالسهم / قال محمد : لا يعتق إلا الأول. قال أشهب : ولو قال في وصيته : عبدي حُرٌّ ولم يسمه وليس له غيره ثم اشترى غيره ثم إن له عبدان فقال هما حران فمات واشترى آخر فهما حران. قال محمد : لا يعتق عندي إلا الباقي من العبدان كمن قال : عبدي حر لا كمن قال : عبدي. ولو لم يمت من العبدان أحد واشترى ثالثاً لم يعتق إلا الأول، ولو قال : عبدي دخل من اشترى في وصيته مات الأولان أو بقيا، ولو قال : ثلاثة أعبد كان كالتعيين لا يعتق غيرهم ممن يفيد.

قال أشهب : ولو قال : عبداي حران فمات أحدهما ثم اشترى اثنين فلا يعتق من الذي اشترى إلا واحداً بالسهم نصف قيمتهما، ولو أعتق نصف كل واحد لجاز والسهم أحب إلي ويعتق الأول. قال محمد : لا يصلح لأنه قد علم أن الميت أراد الأول وصاحبه ولو كان أراد المبهم لزم أشهب : إذا اشترى غيرها مناقصة لأنه يقول في هذا لا يعتق إلا الأولان، ولو قال : عبدي حُرٌّ وله عبدٌ واحد فاشترى آخر فقال : إن القياس السهم بينهما ولكنني أستحسن عتق الأول، وقال في الاثنين يموت أحدهما ثم اشترى اثنين أن يعتق الأول ويسهم بين الاثنين وكان ينبغي في القياس عنده أن يعتق ثلثا الثلاثة. والصواب عندنا وهو قول مالك وابن

القاسم أن قوله : عبدي حرٌّ أو عبداي⁽¹⁾ حرَّان أو ثلاثة أعْبُدِي أنه تعيين لا ينصرف العتق إلى غيرهم كسألة مالك في ثوب الخز رواها أشهب. / قال محمد : وأما إن قال : عبدي حرٌّ وله عبيد كمن يعتق أحد عبيده وليس كمن له غيرهم.

فيمن أوصى لرجل بجاريته أو بالثلث عن دبر منه هل له رجوعٌ ؟ وهل الوطء رجوعٌ ؟

من المجموعة قال ابن كنانة : ومَن أوصى لرجل بجارية عن دبر منه أو بالثلث عن دبر منه فإن له الوطء والبيع في الجارية ويحدث في ثلثه ما شاء ولا تنتقض وصيته إلا أن تحمل الأمة من سنتها أو تخرج من ملكه أو شيء من ثلثه، وقاله ابن القاسم في الوطء ليس برجوع، وقاله محمد وأصبغ وأبو زيد في العتبية⁽²⁾ قال عنه أبو زيد : وإن وَقَفَتِ الأمة بعد موته خيفة أن تكون حاملاً منه ولا شيء للموصى له في قيمتها، وذكره عنه في المجموعة قال ابن عبدوس : انظر في هذا هي إنما فيها القيمة والقيمة تدخل في المال وتدخل فيها الوصايا لو لم يوص برقبته فلما أوصى بها فالموصى له أحق بقيمتها لأن حكمها حكم الأمة حتى يتبين حملها وكذلك أمة لعبد كان يطؤها فأعتقه سيده ثم أعتقها العبد فحكمها حكم الأمة حتى تضع.

ومن العتبية روى أصبغ عن ابن القاسم : فيمن أوصى لرجل بجارية له أو أوصى بعتقها فإن له وطأها لأن له الرجوع والبيع وأما لو أعتق في مرضه أو تصدق بتلاً فلا يطؤها وإن كانت من الثلث لأنه / لو صح نَقَذَ عتقه.

134 ط

(1) في الأصل، عبدي حر أو عْبُدِي حران والصواب ما أثبتناه.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 35.

فيمن أوصى بوصية أو بعد وصية أو أوصى في شيء واحد بأمرين مختلفين

عن كتاب ابن المواز ومن المجموعة روى ابن وهب وابن القاسم وعليّ عن مالك : فिमّن أوصى بوصية وأشهد عليها ثم أوصى بأخرى عند الموت ولم يذكر الأولى فهما جائزتان إلا أن يتبين في الآخرة نقص شيء من الأولى. قال في كتاب ابن المواز : وإذا أوصى الميت بوصية بعد وصية فإن عجز ثلثه فلا تبدئة للأول ولا للآخر كان في كتاب واحد أو في كتاب بعد كتاب، وإن كان بينهما سنون فإن كان عتقاً بعد عتق فإنما فيه الحصاص إلا ما كان من تدبير أو عتق بتل فإنه إن كان في وصية واحدة فهو كشيء واحد لا تبدية فيه إلا أن يُدبر أو يتل ثم يبدو له فيدبر أو يتل فليبدأ الأول.

ومن العتبية روى محمد بن خالد عن ابن القاسم : فिमّن كتب وصية عند سفره ثم حضره الموت في سفره فكتب وصية أخرى ولم يذكر وصيته الأخرى وأسند الثانية إلى رجل فأنفذها عنه في سفره ذلك مما ترك في يديه قال : هو ضامن لما أعطى، وقاله ابن نافع، وروى عبد الملك بن الحسن عن أشهب : فिमّن عوتب في أقاربه أن يصلهم وأوصى لهم بثلثه ثم أنه مرض فأوصى بثلثه - يريد في شيء آخر - قال : ليس لأقاربه شيء.

قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم : فिमّن أوصى بثلثه في سبيل الله سبحانه ثم قال بعد يوم أو يومين : / يُقسّم ثلثي أثلاثاً فثلث في المساكين وثلث في الرقاب وثلث يُحجّ به عني قال : يُقسّم ثلثه نصفين فنصفه في سبيل الله ونصفه يُقسّم أثلاثاً على ما ينص في وصيته.

فيمن أوصى لرجل بعبد ولآخر بسُدس ماله أو لهذا بجزءٍ من ماله ولآخر بجزءٍ أكثر منه أو أقل

من كتاب ابن المواز : وإذا أوصى لرجل بعبد ثم أوصى لآخر بسُدس ماله وترك خمسمائة دينار وقيمة العبد مائة دينار قال : فلهذا العبدُ كلُّه ولهذا مائة دينار لأن هذا وفاءُ الثلث.

وقال أصبغ عن ابن القاسم : أن يأخذ صاحبُ السُدسِ السُدسَ العبدِ ولصاحب العبد خمسة أسداس العبد ويكون سُدسُ العبد بينهما، ولا يعجبنا هذا ولا تؤخذ الوصايا باللفظ ولكن على ما يرى أن الميت أراد، قال عمر : مَنْ وهب هبةً يرى أنها للثواب. وأخبرني أبو زيد أراه عن أشهب أنه عابه وقال : لو قلتُ هذا لزمته رجوعاً ويكون سدس العبد للآخر وحده، قال أشهب : وكذلك لو أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بعبد وهو سدس المال فإن لكل واحد ثلثي وصيته، لصاحب الثلث ثلثا الثلث في كل شيءٍ وللآخر ثلث الثلث في العبد، ولو أوصى لواحد بالسدس ولآخر بالعبد وهو الثلث فله ثلثا العبد وللآخر ثلثا الثلث من كل شيءٍ يكون شريكاً للورثة بالسُّبع /، ولو كان العبد السدس كان كلُّه له والآخر شريكاً بالخُمس.

135 ظ

من المجموعة قال أشهب : ومن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بنصفه فالثلث بينهما على خمسة، وإن أوصى للثاني بجميعه فالثلث بينهما على أربعة، وقاله ابن القاسم.

فيمن أوصى لرجل بعبد أو بعته ثم أوصى به لآخر أو أوصى للأول بربقته أو خدمته وللثاني مثل ذلك أو بأن يُباع منه ومن غيره

من كتاب ابن المواز : ومن أوصى أن عبده ميمون لزيد وكتب في وصيته تلك أو في غيرها أنه لعمرو فهو بينهما حتى يتبين أنه رجوع أو يظهر دليل على

ذلك مثل أن يقول : عبدي الذي أوصيتُ به لزيد هو لعمري فهذا رجوع، فإن لم يقبله الثاني فلا شيء للأول، وذكره ابن عبدوس عن ابن القاسم وأشهب وأنه قول مالك.

قال أشهب : لأنه قد أوصى لهما به فتساويا وليس ما يبدأ به في اللفظ يوجب التبدية وكذلك لو كانت داراً فذلك أو ما حمل الثلث منه فينبهما.

قال ابن القاسم وأشهب : فإن أوصى بعبده لوارث ثم أوصى به لأجنبي فهو بينهما ويرجع نصيب الوارث ميراثاً إلا أن يجيز له الورثة، قال ابن القاسم : وإن أوصى بعته ثم أوصى به لرجل فهذا رجوع وكذلك لو أجرى وصية بعته. وقال أشهب / في الوصايا الثالث مثله وقال في الثاني إن أوصى به لرجل بعد أن أوصى بعته فالعتق أولى، ولو كان لرجل آخر لتحصناً فالعتق مبدأ.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن وهب : في امرأة أوصت لبي زوجه بعبد ستمهم حين خرجت من الأندلس ودفعتهم إليهم ثم كتبت من مصر إلى رجل أن يبيع لها كل مالها بالأندلس من رأس وغيره ولم تذكر أولياء الرقيق بذكر ولها رقيق غيرهم فطلب الوكيل بيع الجميع وقال هذا رجوع عما أوصت، وقال بنو الزوج لو رجعت لستمهم قال : يوقفون ويعاود بكتاب فيهم فإن مات قبل ذلك نفذت الوصية ولم يُغَيَّرْ إلا بأمر يبيّن، قال ابن القاسم : كتابها بالبيع رجوع عن الوصية كما لو كتبت بصدقة كل مالها بالأندلس على رجل كان رجوعاً والصدقة أثبت لهم من الوصية ويُقضى لهم، وكذلك لو أعتقت كل مالها من عبد بالأندلس كان العتق أولى.

ومن المجموعة وكتاب ابن المواز قال أشهب : ومن أوصى بعبده لفلان ثم أوصى ببيعه أو قال : يبعوه من فلان وسمى ثمناً أو لم يُسم فهو رجوع والوصية للآخر ويباع من الذي سمي ويحطّ ثلث ثمنه إن لم يُسم وإن سمي ثمناً لم يُحطّ منه شيء، فإن قبله فذلك وإلا عاد ميراثاً، قال أشهب : حتى لو قال : عبدي

(1) البيان والتحصيل، 13 : 272.

لفلان ويبيعه من فلان فليبيع منه بثلاثي ثمنه / (و) يعطاه للأول فإن ترك الموصى له فابتاعه سواء، فالثلث الذي أوصى به للورثة دون الموصى له به.

قال في كتاب ابن المواز : ويكون للموصى له بالعبد ثلثا ثمنه قال في الكتابين : وكذلك لو قال : عبدي فلان لفلان وهو لفلان فهو بينهما نصفان فإن رد الآخر نصفه فنصفه للورثة.

قال ابن عبدوس عن أشهب وقال ابن المواز عن ابن القاسم : فيمن أوصى بعبد لفلان وفي وصية له أخرى أن يُباع من فلان ولا مال له غيره فإن ثلث العبد يكون بينهما أرباعاً للموصى له بالعبد ثلاثة أرباع الثلث والموصى له ببيعه ربع الثلث.

قال ابن عبدوس قال سحنون : ولو أوصى أن تُباع داره من فلان بمائة وأوصى بعد ذلك أن تُباع تلك الدار من فلان بخمسين فإن حملها الثلث بيع نصفها من هذا بخمسين ونصفها من الآخر بخمسة وعشرين وإن لم يحملها الثلث خُير الورثة فإما أجازوا أو يُسلمون لهم من ثلث الميت في الدار فتكون بينهما نصفين.

قال : ولا أرى للمريض أن يوصي ببيع دار بعد موته ليس له غيرها وإن لم يحاب لأنهم يملكون بموته الثلثين وإنما له ذلك في حياته. ومن المجموعة قال أشهب : إذا قال في وصيته : علة عبدي لفلان ثم قال بعد ذلك لفلان آخر فليس برجوع والغلة والخدمة سواء، فإن حمله الثلث اختدماه أو استغلاه جميعاً يكون بينهما بالسواء، وإن لم يحمله الثلث خُير الورثة أن يميزوا ذلك أو يُسلموا /¹³⁷ إليهما ثلث الميت قال ابن القاسم : وإن قال : عبدي يخدم فلاناً سنتين ثم هو حرٌّ ثم قال يخدم فلاناً سنةً أنهما يتحصان في خدمته سنتين [فلصاحب السنة خدمته ثلثي سنة ولصاحب السنتين خدمته سنة وثلثاً]⁽¹⁾ ولو قال : يخدم فلاناً

(1) العبارة في الأصل جاءت على الشكل التالي : ولصاحب السنة خدمته ثلثا سنة ولصاحب السنتين خدمته سنة وثلث والصواب ما أثبتناه.

سنة ثم هو حرٌّ ثم قال يخدم فلاناً سنتين فليتحصاً في خدمته سنة ثم هو حرٌّ لهذا
ثلاثها وللآخر ثلثها.

فيمن له ثلاثة أعبد وأوصى بهم لرجل أو لرجلين
ثم أوصى بأحدهم بعينه لرجل ثالث أو لأحد الرجلين
وبالثالث لآخر أو أوصى بأحدهم غير مسمى لرجل
وبواحد بعينه لرجل
أو كانت الوصية بدين على هذا المعنى

من العتبية⁽¹⁾ أراه من سماع أصبغ أو عيسى قال ابن القاسم : ومَن له ثلاثة
أُعْبِدْ أوصى بهم لرجل ثم أوصى بواحد منهم سماه لآخر فإن حملهم الثلث فالعبدان
للأول ويكون الثالث بينه وبين الآخر نصفين وإن حمل من كل واحد ثلثاه فما
حمل من العبدین للأول وما حمل من الثالث بينهما بجميع الثمن. قال أصبغ :
وتكون وصية كل واحد في المحاصة فيما أوصى له فيه لا في سائر التركة.

ومنه ومن العتبية : وإن أوصى بثلاثة أعْبِدْ لرجلين ثم أوصى لأحدهما باثنين
منهم سماهما وبالثالث للرجل الثالث فليضربا فيهما بأكثر الوصيتين فإن كان قيمة
العبد المنفرد أكثر من نصف قيمتها ضرب صاحبه فيهما بقيمته وإن كان /
نصفهما أكثر له صوب له بنصفهما وكذلك الموصى له بنصفهما وكذلك الموصى
له بالاثنتين إن كان قيمتهما أقل من نصف الثلاثة ضرب له بذلك وإن كان
نصفهم أكثر ضرب له بذلك وكذلك يضربان فيما حمل الثلث منهم بأكثر
الوصيتين، وروى عنه عيسى : وإذا أوصى لفلان ولفلان بالمائة التي له على فلان ثم
أوصى بها لأحدهما فليضرب فيها الواحد بمائة ويضرب الآخر بخمسين. ولو قال :
عبدى ميمون ومرزوق للموصى لهما وإن لم يَدَّعِ غيرهم فثلث جائز بينهما وثلثا
الاثنتين للآخر.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 102.

ومنه ومن رواية عيسى ومن المجموعة : ومن ليس له غير ثلاثة أعبد قيمتهم سواء وأوصى لرجل بأحدهم ولم يُسمَّه ثم أوصى لآخر بعبد بعينه منهم فليُسمَّهم بينهم أيهم يقع للذي أبهم عبده فإن وقع له المعين كان بينهما نصفين وإن وقع له الآخر فله نصفه وللورثة نصفه ولصاحب المعين نصف المعين فحصاصُ هذا لصاحبه بقيمة المعين ويحاصُّه الآخر ثلث قيمتهم.

فيمن أوصى لرجل بوصية بعد وصية من صنف واحد مختلفي العدد أو من صنفين مختلفين

من المجموعة وغيرها روى ابن القاسم وابن وهب وعبد الملك وغيره عن مالك : فيمن أوصى لرجل بدنانير ثم أوصى له بدنانير أقل عدداً أو أكثر فله أكثر الوصيتين، قال / عبد الملك : لأنه لما لم يتبين أنه يرجع عن الأولى واحتمل أن يكون بسببها أعطياه أكثرهما. قال عبد الملك فيه وفي كتاب ابن حبيب : وأما إن كانت وصية واحدة فسمى له في أولها عشرة ثم سمي له في آخرها أكثر من عبدي فله الزائد على العشرة وله الآخرة فقط وكأنه يقبل الأولى فزاده فقال له عشرون منها الأولى ولا يحسن في المسألة الأولى أن يقول أخر له عشرة أو تسعة منها الأولى، ولو قال : لزيد عشرة ولفلان كذا ولفلان كذا ولزيد عشرون فإنما له عشرون وكانت وإو النسق على ما قاربها من ذكر غيره ولأنه يحسن أن ينسق⁽¹⁾ بذلك. ولو قال : وانظروا فلاناً فإنه فعل بنا كذا أو ظلم فلاناً ولزيد عشرون فهذا لا يحسن أن ينسق⁽²⁾ إلا على الأولى فكأنه قال : لزيد عشرة وله عشرون وله ثلاثون ولو قال لزيد عشرة لزيد عشرون لم يكن له إلا عشرون. قال عنهما ابن حبيب : وكذلك ما يوزن أو يكال في بدايته بالأكثر أو الأقل، وكذلك العين لأنه صنف وأخذ الدنانير والدراهم بدأ بالذهب أو بالفضة ويُعتَبَرُ الأكثر والأقل بالصرف، ورواه كله عن مالك.

(1) كلمة غير منقوطة في الأصل.

(2) كلمة غير واضحة في الأصل.

قال ابن الماجشون : ولو كانا في كتابين أخذ أكثر الوصيتين لا يُرَاعَى فيها شيء.

وقال مطرف : كانا في كتاب أو كتابين يراعى الأقل إذا بدأ به أو بالأكثر فالأول إن كانا عروضاً أو عرضاً وعيناً / فله الوصيتان جميعاً تفاضل ذلك أم لا في كتاب أو كتابين وسأوى ابن القاسم في كتاب وكتابين إن كانت الوصيتان عيناً أو ما يُكَالُ ويوزن فله الأكثرُ منهما كانت الأولى والآخرة وجعل الدنانير والدراهم صنفين في هذا وله الوصيتان، وقاله أصبغ قال ابن حبيب بقول مطرف وابن الماجشون.

ومن المجموعة وروى علي بن زيد عن مالك : إن أوصى له بخمسة ثم أوصى له في وصية أخرى بعشرة فله عشرة ولو كانت الأولى عشرة والثانية خمسة فله خمسة عشر.

وقال أشهب ورواه عن مالك : إن كل ما كان من صنف واحد فله أكثر الوصيتين كانت الأولى أو الآخرة، قال أشهب كان ذلك مما يُكَالُ ويوزن وما لا يكال ولا يوزن كان حبواً أو عروضاً أو غيرها ما لم يكن في ذلك شيء بعينه، وكذلك لو قال : لفلان عشرة أعبد أو أقواس أو أندر أو أثواب قال : من أندري أو من عبيدي أو من دوري أو أقواسي أو ثيالي أو لم يقل ثم أوصى له بأكثر من ذلك أو بأقل من ذلك الجنس فله الأكثر ما لم يكن شيئاً بعينه، وكذلك قال ابن القاسم فيما يكال ويوزن وفي الحيوان والدور ويكون شريكاً فيما لا يكال ولا يوزن بذلك العدد إن كان عشرة وعند الميت عشرون فله نصفه ذلك ما بقي وقع له في القسم أقل من العدد أو أكثر، وإن كانت دور في غير ملك أُعْطِيَ النصف من كل ناحية وهذا إذا حمل الثلث الوصية أو أجاز الورثة / وإلا فبمقدار ما حمل الثلث منها يكون به شريكاً.

قال أشهب : وهذا قول مالك كله لي في غير عام ذلك كانت الأولى هي الأكثر أو الآخرة، وذكر ابن المواز عن أشهب عن مالك نحو ما تقدم أنه إذا

أوصى له بشيء بعد شيء في كتاب واحد أو كتاب بعد كتاب ولم يذكر الأولى فما كان من نوع واحد من دنانير أو دراهم أو طعام يُكَالُ أو يوزن فله أكثرهما، وإن كانت أشياء مختلفة دنانير وعبد ودابة أخذ الجميع وخصوصاً له به، محمد : وكذلك دنانير ودراهم وقمح وشعير أو دراهم وسبائك فضة فله ذلك كله.

وفي العتبية⁽¹⁾ ذكر يحيى بن يحيى عن ابن القاسم مثل ما تقدم، إن أوصى له في وصية بعشرة وفي أخرى بعشرين أخذ عشرين وإن كان في هذه مائة دينار وفي هذه مائة درهم أخذ ما في الوصيتين، وإن كان في هذه فرسان وفي هذه ثلاثة أخذ ثلاثة فأما في هذه فرس وفي هذه جملان فليأخذ فرساً وجملين، وكذلك الدنانير والدراهم والحيوان والثياب إذا اتفق الجنس أخذ أكثرهما، فإن اختلف فله الوصيتان.

قال في المجموعة ابن القاسم وأشهب : ولو أوصى له بثلاثي ماله ثم أوصى له بثلاثة لحاص بالأكثر، قال أشهب : ولو أوصى له في كل مرة بالثلث لحاص بثلاث واحد وإلا ثلاثاً كالدنانير لا تُعرَفُ بأعيانها، فأما إن أوصى له بالثلث ثم أوصى له بعدة دنانير أو بعدد لحاص بالثلث والعدة الدنانير أو العتق.

وقال أيضاً / أشهب : إن أوصى له بثلاثين ديناراً ثم أوصى له بالثلث أنه يُحصَى بالثلث من كل شيء ويُنظَرُ إلى ما ترك من العين فإن كان أكثر من الثلاثين حاص به وإن كانت الثلاثون أكثر حاص بها.

قال ابن القاسم : إن أوصى له بثلاثين ديناراً ثم أوصى له بالثلث فليحص بالأكثر، قال سحنون : معناه عندي أن ماله عين كله، وذكر ابن حبيب عن أصبغ نحوه إن كان ماله ناضباً أعطى الأكثر وإن كان ماله عرضاً كله أُعْطِيَ الوصيتين إن أجازوا له وإن لم يجيزوا ومعه وصايا ضرب بالثلث وبالمال، وإن لم

(1) البيان والتحصيل، 13 : 199.

تكن وصايا فإنما له الثلث وإن كان ماله عرضاً وناضاً فله ثلث العرض والأكثر من ثلث العين أو الدنانير المسماة - يريد في الحصص.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال أصبغ عن ابن القاسم : فيمن أوصى بثلثه لفلان وفلان [وفلان]⁽²⁾ ثم قال أعطوا فلاناً مائة لأحد الثلاثة فإنه يضرب له بالأكثر الوصيتين من المائة أو من ثلث الثلث.

قال أصبغ : وفيها شيء ولنا تفسير.

ومن كتاب ابن المواز قال أصبغ : وإذا أوصى بمائة دينار ثم أوصى له بثلثه في وصية أخرى فإن كان ماله كله عيناً ضرب بأكثر الوصيتين وإن كان عرضاً وعيناً ضرب له بثلث العرض ونظر إلى ثلث العين، وإن كان أكثر من مائة أو كانت المائة أكثر ضرب له بأكثرهما وقاله أشهب.

قال : وإن أوصى لرجل بألف دينار / وأوصى لغيره بوصايا ثم أوصى لصاحب الألف بخمسمائة دينار مُبدّأة فإنه يُحصّر له بالألف فإن صار له خمسمائة فأكثر لم يكن له غير ذلك وإن صار له بحصص الألف لأقل من خمسمائة تمّت له خمسمائة مُبدّأة كما قال.

قال مالك : ومن أوصى لرجل بثلاثمائة دينار ويمسكن ويبدأ ذلك كله على الوصايا ثم أوصى له بعد عامين في وصية أخرى بألف دينار ولم يقل مبدّأة قال : يبدأ بالمسكن بكل حال ويحصّر بألف دينار فإن وقع له أقل من ثلاثمائة بُدئ ببقية الثلاثمائة وإن وقع له أكثر من ثلاثمائة كان ذلك له، وذكر في العتبية⁽³⁾ من سماع أشهب عن مالك وهو في المجموعة⁽⁴⁾ : ثم أقام سنين ثم أوصى لفلان كذا ولفلان كذا ولفلان - يعني الأول - ألف دينار فإنه يبدأ للأول بالمسكن ثم

(1) البيان والتحصيل، 13 : 243.

(2) كلمة فلان الثالثة ساقطة من الأصل وزادها ضرورة لاكمال الصورة التي ذكرها.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 25.

(4) وقع في الأصل تكرار في بعض أجزاء هذه الفقرة وقد تلافينا ذلك أثناء التصحيح والتصويب.

يُحَاصِرُ أَهْلَ الْوَصَايَا بِأَلْفٍ وَمِائَةٍ الَّتِي لَمْ يَبْدَأْ بِهَا فَإِنْ صَارَ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ ثَلَاثِمِائَةٍ فَذَلِكَ لَهُ لِأَنَّهُ الْأَكْثَرُ.

قال في سماع عيسى عن ابن القاسم : وإن صار له / الأقل من ثلاثمائة ثم له ثلاثمائة مبدأ والسؤال في سماع عيسى عن ابن القاسم عن مالك : فيمن أوصى لرجل بمائة مبدأ ويقوم بوصايا ثم قال بعد ذلك ولصاحب المائة المبدأ ألف دينار ثم ذكر الجواز.

ومن المجموعة والعتيبة⁽¹⁾ من رواية عيسى عن ابن القاسم : وإذا أوصى لواحد بعشرة وآخر بعشرين وآخر بثلاثين ثم أوصى لهم بعد ذلك بالثلث فإنهم يُعْطَوْنَ التسمية ثم يقتسمون ما بقي من الثلث أثلاثاً وقال أيضاً : بقدر ما بأيديهم.

ومن العتيبة⁽²⁾ قال سحنون وأصْبَغ عن ابن القاسم : إذا أوصى لرجل بدنانير ودراهم أو بصيْحَانِيٍّ⁽³⁾ وبرْنِيٍّ⁽⁴⁾ في وصية أو وصيتين فله الصنفان. قال عنه أبو زيد : إذا أوصى له في واحدة بعشرة وعبد وفي الثانية بخمسة وبرْدُونٍ⁽⁵⁾ أخذ عشرة والعبد والبرْدُونُ إن حمل الثلث وإن لم يحمل الثلث ولم يُعْزَ الوِثْهُ أخذ ما حُمِلَ من ذلك كله، وإن أوصى له في واحدة بعبد وفي الأخرى بعبد ولم يعينهم فإنما له عبدان ولو عينهم كان له الثلاثة.

ومن المجموعة قال أشهب : إن أوصى لرجل بعبد سماه ثم أوصى له بعبد فله العبدان. قال عبد الملك : إذا أوصى له بعرضين مختلفين في وصيتين فله العرضان ولو كانتا وصيتين في هذه دار وفي هذه أصول فله الأكثر من قيمتهما، قال عبد الملك : فالدار والأصل لا يكون إلا شيئاً بعينه فهذا وجه قوله.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 154.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 224.

(3) الصيْحَانِيُّ بسكر الصاد وتشديد الياء الأخيرة ضرب من عمر المدينة.

(4) البرني ضرب من العمر.

(5) البرْدُونُ : الدابة قال الكسائي الأنتى من البراذين بردونة.

/ ذكر الكَفْنِ والوصية فيه وفي الوصية بما لا يجوز أو على الضرر

من المجموعة قال ابن القاسم وعليّ عن مالك : والكَفْنُ أولى من الدّين والميراث، والرهن أولى من الكَفْنِ.

قال سحنون : وسكنى الزوجة في دار قد نقد الميت كراءها أولى من الكفن.

قال ابن القاسم : ومن نُبِشَ فعلى ورثته كفته ثانية، وقد ذكرنا الاختلاف فيه في كتاب الجنائز وفيه الوصية في الكَفْنِ، قال عليّ عن مالك : ومن أوصى أن يُكفَّنَ في كذا فلا يجوز من ذلك إلا ما يجوز في كفن مثله في فقره وغناه.

قال في كتاب ابن المواز : ومن أوصى بسرف في كفته وحنوطه⁽¹⁾ ودفنه لم يجوز منه في رأس المال إلا ما يجوز لمثله، ورواه ابن وهب عن مالك، وقاله ابن القاسم.

ومنه ومن العتبية⁽²⁾ رواية عيسى عن ابن القاسم : ومن أوصى أن يُقامَ له في عرس فلانٍ أو نياحة على ميت لم يَجُزْ ولو كان بلهو يجوز في العرس مثل الدّف والكبير فلا تُنفذ وصيته قال في كتاب ابن المواز : ويصير ذلك لأهل الميراث دون أهل الوصايا.

ومن المجموعة وكتاب ابن المواز قال ابن القاسم عن مالك : ومن أوصى لرجل بمالٍ على أن يصوم عنه لم يَجُزْ ذلك.

قال سحنون : وإن أوصى أن تُباعَ جاريته ممن يتخذها بنصف الثمن لم تجز وصيته. قال ابن القاسم عن مالك : في وصية محمد بن سليمان أن جواريه أحراراً بعد سبعين سنة ؟ قال : لا تجوز وصيته وينظر السلطان، فإن رأى بيّهنَّ /

141 ظ

(1) الحنوط المراد به نوع من الطيب يستعمل غالباً لحفظ جثة الميت من التعفن.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 139.

بَاعَهُنَّ وَإِنْ رَأَى تَعَجِيلَ عَتَقَهُنَّ فَعَلَ، واختار ابن القاسم في كتاب ابن المواز أن يُبْعَنَ، وقال عبد الملك في مثل هذا العتق باطل فيما لا يبلغه عُمُرُ العبد.

قال أشهب في المجموعة : فيمن أوصى بخدمة جاريته خمس سنين ثم هي حرة وأن يباع ولدها الصغير ويحج عنه بثمانه ومثله لا يُفَرَّقُ من أمه ؟ قال : يَفَرَّقُ مع أمه فإذا بلغ بيع.

في المسلم يوصي للكافر بوصية أو ينذر أن يتصدق عليه وفي الذمّي يوصي بماله لك

من المجموعة روى ابن وهب عن مالك قال : وصية المسلم للكافر جائزة واحتج بالجنة التي كسا عمر أخاه - وقاله ابن القاسم وأشهب. قال أشهب : كان ذا قرابة أو أجنبياً، وقد أوصت صَفِيَّة بنت حي إلى أخ لها كافر، وقال ابن حبيب عن أصبغ : تجوز وصية المسلم للذمّي ولا تجوز للحربي لأن ذلك قوة لهم على حربهم ويرجع ذلك ميراثاً ولا يُجْعَلُ في صدقة ولا غيرها وكل ذي أوصى بما لا يحل، وأما الذمّي فجعل الله في قتله، دية، وفي مُوْطَأِ ابن وهب عن مالك : فيمن نذر صدقة على كافر أن ذلك يلزمه وفي موضع آخر [قال مالي⁽¹⁾] صدقة على فقراء اليهود أنه يلزمه صدقة ثلث ماله عليهم، وقد قال الله تعالى ﴿وَيُطْعَمُونَ الطَّعَامَ عَلَى حُبِّهِ مِسْكِيناً وَيَتِيماً وَأَسِيراً﴾⁽²⁾ والأسير الكافر.

ومن المجموعة قال ابن القاسم : في نصراني أوصى بجميع ماله في الكنيسة ولا وارث له قال : / يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله لذلك وثلثاه للمسلمين، وفي الباب¹⁴² الذي يلي هذا ذكر الوصية للحربي وهذه المسألة مكررة في آخر الكتاب في باب مفرد.

(1) ما بين معقوفتين غير واضح في الأصل.

(2) الآية الثامنة من سورة الإنسان.

فيمن أوصى لوارث أو بما لا يجوز
فإن لم يُجزه ورثتي
فالعبد حرٌّ والمال في السبيل وتحج به عني
أو قال إن باع ورثتي داري فثلثها صدقة ونحو هذا

من المجموعة قال ابن نافع: قال الله سبحانه في الموصي: ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ﴾⁽¹⁾
فلا تجوز الوصية على الضرر.

قال أشهب وابن نافع وعبد الملك: فيمن أوصى لوارث وقال: فإن لم يُجز
الورثة فذلك في السبيل؟ فذلك باطل لأنه مضار بالورثة إذ منعه ما لهم منه.
وقال ربيعة قال أشهب: إلا أن يميز الورثة ذلك للوارث فيجوز. قال: فإن أوصى
بذلك لبعض أهل الحرب وقال: فإن أُجيز ذلك وإلا فهو في سبيل الله فلا يُجَازُ
هذا في سبيل الله ولا في غيره ويُورث.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك: ومن أوصى لبعض ورثته بغيره بغيره إلى
بلوغه ثم هو حرٌّ فإن لم يُجز الورثة فثلثي صدقة على فلان قال: فالعبد حرٌّ إلى
الأجل إن خرج من الثلث ويحتدمه الورثة على موارثهم إلى بلوغ من ذكر فيعتق،
محمد: وإن لم يسعه الثلث تُخَيَّر الورثة بين إجازة ذلك أو عجلوا عتق محمل
الثلث منه بطلاً وهو من الضرر، وهو قول أصحاب مالك أجمع ورواه ابن وهب
وأشهب عن مالك وروى نحوه ابن القاسم.

فإذا أوصى بغيره لابنه فإن لم يجره الورثة فهو حر / فهو ميراث وكذلك إن^{142 ط}
أوصى بثلاثة لابنه فإن لم يميزوا فهو لفلان أو في السبيل فذلك باطل وهو ميراث
ولو قال: هو حر أو في السبيل إلا أن يميزه الورثة لأبي فهذا يجوز قال: وقال
أشهب: لا يجوز وهو من الضرر كالأول، وقال ابن وهب مثل قول مالك وابن
القاسم، قال أصبغ: وهو رأي على الإتيان للعلماء وهو قول المدنيين يجتمعون
فيه، وقاله ابن كنانة وابن نافع.

(1) من الآية 12 من سورة النساء.

قال ابن نافع قال ابن القاسم : إن بدأ بالوارث لم يجوز وإن بدأ بالسبيل جاز ، قال أصبغ : وأنا أقوله استحساناً واتباعاً للعلماء ، وقاله غير ابن القاسم من المدنيين وفي بعض [المعمر]⁽¹⁾ وأما القياس فهو كالأول .

قال ابن القاسم عن مالك : في التي أوصت في جارية لها أن تخدم ابنها حتى تسع ثم هي حرة فقبل لها هذا لا يجوز فقالت : إن لم يجوز فتحجّج هي عني قال : تعتق الأمة إلى المدة وخدمتها بين الورثة ميراثاً .

وإذا قال في صحته : غلّة داري حبس على المساكين [تُفَرَّقُ عليهم]⁽²⁾ وهي في يدي حتى أموت فإن ردّها أحد من ورثتي فهي وصية في يدي . تباع فتعطى للمساكين فقال ابن القاسم : ذلك جائز وقال أشهب : لا تجوز فأما لو قال : على بعض ورثتي وأنا أفرّقها عليهم إلى آخر السؤال فهذه باطل عندهما ويورث .

ومن المجموعة قال أشهب : فيمن أوصى بوصية من غلة داره أو عبده فخاف أن لا يجيزها القاضي فاشتراط إن ردها قاضي فقد أوصيتُ أن تُباع ويُتصدّق بها قال : أما إذا أوصى / لمن يجوز له فذلك نافذ ولا شيء للمساكين قال عليّ عن مالك : فيمن أوصى لفلان أجنبيّ بكذا فإن لم يقبل فذلك في السبيل أو لفلان فذلك جائز من ثلثه قال غيره : وإن قال : لفلان وهو أكثر من الثلث فإن لم يجز الورثة فهو حرّ فذلك جائز وهو حرّ قال أبو محمد : ما حمل الثلث منه .

ومنه ومن العتبية⁽¹⁾ رواية أبي زيد قال ابن القاسم : فيمن لم يترك غير دار وأوصى إن باعها ورثتي فثلثها للمساكين ومن باع منهم فثلث نصيبه للمساكين ؟ قال : هو على ما أوصى . قيل : إن لها علواً وسفلاً فقوّم علوها بزيادة أربعين ديناراً

(1) كلمة كتبت هكذا في الأصل لم ندر المراد منها .

(2) كتبت في الأصل على الشكل التالي (إلى تفريقها عليهم) وقد صوبناها حسب ما أثبتناه لتنسجم مع الأسلوب السليم .

(3) البيان والتحصيل ، 13 : 343 .

وَأَحَبُّ إِلَيْنَا أَخْذُهُ وَيُودُّوْا أَرْبَعِينَ لِلْوَرِثَةِ قَالَ : لَا يَتَرَادَوْا بِالْأَرْبَعِينَ وَلِيَأْخُذَ النِّسَاءُ مِنْهَا بِجَمْعِهِمْ وَلَوْ رُبْعُ ثُلْثٍ قَلِيلٌ : إِنْ الْقَاضِي قَضَى بِهِ أَكُونَ مَا زَادَ النِّسَاءُ بَيْعاً ؟ قَالَ : لَا لَيْسَ (بِبَيْعٍ) وَلَا شَيْءٌ عَلَى الرِّجَالِ فِي الْأَرْبَعِينَ الَّتِي أَخَذُوا. قِيلَ فَإِنْ شَاءَ النِّسَاءُ الْبَيْعَ ؟ قَالَ : فَلْيَتَصَدَّقْ بِثُلْثٍ مَا بَقِيَ وَإِنْ بَاعَ الرِّجَالُ أَخْرَجُوا ثُلْثَ مَا بَاعُوا وَثُلْثَ الْعَشْرِينَ الَّتِي أَخَذُوا قَالَ : وَلَوْ بَاعَ النِّسَاءُ بِثُلْثِ الْعَشْرِينَ الَّتِي رَدُّوْهَا عَلَى الرِّجَالِ فَقَطْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ وَلَا عَلَى الرِّجَالِ.

في الوصية للورثة أو لبعضهم بمال أو سكنى أو خدمة أو تُؤْفَى وأوصى مع ذلك بوصايا أو لم يوص وكيف إن أجاز بعض الورثة ؟

من كتاب ابن المواز وغيره قال مالك وأصحابه : فِيمَنْ أَوْصَى لَوَارِثٍ وَأَوْصَى
بوصايا لأَجْنَبِيِّينَ فَإِنْ كَانَ مَعَ الْوَارِثِ وَارِثٌ مِنْ زَوْجَةٍ أَوْ غَيْرِهَا / فَإِنَّهُ يُحَاصُّ¹⁴³
الْأَجْنَبِيَّ فِي الثُّلْثِ فَمَا صَارَ لَوَارِثٍ رَجَعَ مِيرَاثاً إِنْ لَمْ يُجْزَ الْوَرِثَةُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ
وَارِثٌ غَيْرُهُ فَلِلْأَجْنَبِيِّينَ وَصَايَاهُمْ بِغَيْرِ حَصَاصٍ لِلْوَارِثِ. وَكَأَنَّهُ أَوْصَى لَهُ بِمِيرَاثِهِ وَإِذَا
كَانَ مَعَهُ وَارِثٌ عَلِمَ أَنَّهُ أَرَادَ تَفْضِيلَهُ عَلَيْهِ فَحَاصٌّ بِذَلِكَ، وَكَذَلِكَ لَوْ أَوْصَى لِجَمِيعِ
وَرِثَتِهِ مَعَ الْأَجْنَبِيِّ وَلِأَنْصِبَائِهِمْ فِي الْمِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ [سواء فالأجنبى مقدم]⁽¹⁾ إِلَّا أَنْ
يَكُونَ الْوَرِثَةُ ذَكَوْراً [...] بَيْنَهُمْ فِي وَصِيَّتِهِ فَقَدْ عَلِمَ أَنَّهُ خَصَّ الْإِنَاثَ دُونَ الذَّكَوْرِ
بِوصِيَّةٍ فَيُحَاصُّ الْأَجْنَبِيَّ، وَقَدْ اخْتَلَفَا بِمَاذَا يُحَاصُّ، فَرَوَى أَصْبَغُ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ :
فِي ابْنِ وَابْنَةٍ أَنَّهُ إِذَا أَوْصَى لِكُلِّ وَاحِدٍ مِمَّاةٍ وَلِلْأَجْنَبِيِّ مِمَّاةٍ أَنَّ الْأُنْثَى تُحَاصُّ¹⁴³
الْأَجْنَبِيَّ بِخَمْسِينَ وَهِيَ الَّتِي زَادَهَا عَلَى مَوْرَثَتِهَا بِمَا [...] لِلذَّكَرِ مِائَةٌ كَانَ يَجِبُ لَهَا
هِيَ خَمْسُونَ فَوَدَّاهَا خَمْسِينَ، وَقَالَ أَبُو زَيْدٍ وَقَالَ غَيْرُهُمْ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ : يُحَاصُّ¹⁴³
بِثُلْثِ الْمَيْتِ لِأَنَّ مَوْرَثَتَهَا مِنْ مَائَتَيْنِ [...] فَيُحَاصُّ بِالزَّائِدِ وَهُوَ ثُلْثُ الْمَيْتِ، وَلَوْ

(1) ما بين معقوفتين غير واضح تمام الوضوح في الأصل.

أوصى لورثته بما جعله بينهم على سهام موارثهم كانوا كوارث واحد ولا حصاص لهم، وكذلك لو أوصى بشيء سماه لجملتهم ولم يحضرهم بعينه فلا حصاص لهم مع أهل الوصايا، وكذلك لو أوصى بوصايا وأوصى بخدمة عبده لولده فإن لم يرثه غيره فلا حصاص له مع الأجنبي وإن كان يرثه غيره وقع الحصاص، فما صار له من قيمة الخدمة شركة فيما ورثه إن شاؤوا.

ومن المجموعة / قال أشهب : وإذا قال : مالي بين ابني وابنتي - يعني نصفين - ولفلان ثلث مالي ولا وارث له غيرهما فلهما الحصاص مع الأجنبي بحاصصانه⁽¹⁾ ستة لستة أسهم وهو لسهمين فيقع له ربع الثلث وباقيه لهما على الفرائض إلا أن يجيز الإبن لأخته قيل : ولا يطرح قدر نصيب الإبن والبنت بالميراث وما زاد حوصص به الأجنبي قال : لا. قال : ولو أوصى لهما بقدر الموارث لم يكن حصاص مثل أن يوصي للإبن بعشرين وللإبنة بعشرة ولا يُحصص الأجنبي ويسلمان إليه الثلث فيأخذ منه وصيته وقال ابن القاسم مثله من أول المسألة. ومن العتبية⁽²⁾ وذكر أصبغ عن ابن القاسم مثله وقال : مثل أن يكون له ابنان وابنتان فأعطى لكل واحد منهما مائة في مرضه أو في وصيته ثم مات ؟ قال : فيطرح حظ الذكرين مائة مائة وحظ الأنثيين خمسين خمسين فتبقى مائة وصية للإثنين وإن لم يكن معهما أجنبي وأجاز لهما الذكران فذلك لهما وإلا رجع ميراثاً، وإن أجاز أحدهما الإبن حصته وذلك ثلثا المائة بينهما وكان للآخر ثلثهما، وإن أجاز الواحد لوحده فبحساب ذلك، وكذلك في إجازة الآخر لأحدهما أولهما وإن كان معهما أجنبي حوصص لهما بهذه المائة فما وقع لهما كان لهما على هذا التفسير على الإجازة وعلى غير الإجازة، ولو أوصى مع ذلك لورثته كلهم بوصايا على قدر موارثهم فلا حصاص لهم مع الأجنبي ويكون الثلث للأجنيبين

(1) كذا في الأصل بفك الإدغام والقياس أن يقال بحاصصانه.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 273.

في وصاياهم، قال أشهب في / المجموعة : وأما لو أوصى لعبد وارثه ولأجنبي ولا وارث له غيره فإنهما يتحصان.

ومن كتاب ابن المواز بعد ذكر مسائل لأشهب وقال : من ترك وارثين وأوصى أن ماله صدقة على فلان وعلى أحد وارثيه وأجاز ذلك الوارث لآخر قال : فالمال بينهما نصفان، قال محمد : إنما هذا لو أجازوا جميعاً فأما إن لم يجز إلا الذي لم يُوصَ له ولم يجز لآخر فإنما له حتى عشرة من أربعة وعشرين وله من الموصى له أربعة عشر لأنها لم تُخَيَّرْ كان للأجنبي من الثلث نصفه ويرجع نصفه بين الوارثين سهمان لمكان واحد فالذي أجاز رد سهمه على الآخر والذي لم يجز للأجنبي يُحْبَسُ⁽¹⁾ سهمه بالميراث ويقسم الخير الثمانية التي بيده والميراث بين أخيه وبين الأجنبي فتصير للأجنبي عشرة فلم يبق له من وصية إلا السهمان الذي لم يجزهما الأخ الموصى له قال : فإن أجاز الذي أوصى له ولم يجز الآخر فللذي لم يجز عشرة وللمجيز ثمانية وللأجنبي ستة قال : وإن أجاز الذي لم يُوصَ له للأجنبي ولم يجزه لأخيه فإنه يصير للأجنبي عشرة ويبقى بيد المجيز للأجنبي أربعة لأن للأجنبي أربعة بالخاصة في الثلث فرد هذا إليه السهمين من الثلث لإجازته له⁽²⁾ [فأعطاه نصف الثلث الذي أخذ بالميراث]⁽²⁾ لإجازته له خاصة.

ومن كتاب ابن المواز : ومن له عبد لا يملك غيره وصى بثلثه لابنه وبثلثيه لأجنبي ومع الإبن ورثة فليحصّر / الإبن والأجنبي في ثلث العبد فيصير للأجنبي ثلث الثلث وثلثاه للإبن، ولو لم يكن معه وارث فلا حصاص وثلث العبد للأجنبي، قال أشهب : وكذلك لو أوصى له بنصفه فله الثلث إلا أن يجيز له الإبن.

(1) كلمة كتبت على هذا الشكل في الأصل.

(2) ما بين معقوفين كتب مكرراً في الأصل.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال أصبغ عن ابن وهب : فيمن أوصى بالثلث لإخوته ولم يدع غيرهم وهم أخوان لأبوين وأخوان لأُمٍّ وأخوان لأبٍ فليُتَّحَصَّرَ في الثلث الشقيقان والكلالة مع أخوي الأب وهما لا يرثان فما صار للَّذَيْنِ للأب أخذاه ويصير كل ما بقي ميراثاً. قال أصبغ : يُقَسَّمُ الثلث على ستة فسهمان للَّذَيْنِ للأب وتُضَمُّ أربعة إلى ثلثي المال فيكون ميراثاً قال ابن وهب : ولو أوصى لهم بذلك وله ابن ثم مات الإبن قبله فالجواب سواء. قال أصبغ : المسألتان سواء والجواب في التحاصص على غير ما قال.

قال أبو محمد : ما أعرف وجه قول أصبغ.

وقال أشهب عن مالك : فيمن أوصى بثلثه لقوم وأوصى في طعام أن يُحَبَّسَ لعياله كلهم أيأكلونه⁽²⁾ ؟ قال : لا شيء للموصى لهم بالثلث في الطعام ولهم ثلث ما سواه، والكلام في الطعام للورثة لأن بعضهم أوفر حظاً من بعض وبعضهم أكثر أكلاً فإن سلموا ذلك وإلا قسموه على موارثتهم.

قال أبو محمد : انظر معنى هذا وتقدّم عن مالك أنه يُحَاصُّ الورثة الأجنبيّ عند اختلاف أنصباؤهم بما زاد القليل النصيب إلا أن يعني أوصى لعياله به بقدر من إرثهم.

ومن العتبية⁽³⁾ من سماع ابن القاسم : وعن امرأة أوصت أن تخدم / أمّتها 145 ط
ابنها حتى يبلغ ثم هي حرة فليلها إن هذا لا يجوز فقالت : فإن لم يجز فيحبّ عني [بثلثي] قال مالك : تكون الخدمة بين جميع الورثة حتى يبلغ الولد فتعتق الجارية. قال أصبغ : فإن مات الغلام قبل المبلغ نظر فإن كانت من [رقيق الحضانة] عتقت بموته وإن كانت من [وغد] الرقيق خدمت الوارث إلى مبلغ الغلام ثم عتقت. وإن مات الخادم قبل بلوغ الغلام وتركت مالا فهو بين الورثة.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 293.

(2) في الأصل، أيأكلوه بحذف نون الرفع بدون مبرر للحذف.

(3) البيان والتحصيل، 12 : 374.

قال عيسى عن ابن القاسم : فيمن أوصى لزوجته بسكن ما⁽¹⁾ بباقي ثلثه فكانت الدار الثلث فإن أجاز لها الورثة السُّكنى سكنت فإذا ماتت كانت الدار لصاحب باقي الثلث وإن لم يجيزوا دخلوا معها على الموارث، ولو أوصى مع ذلك بمائة دينار لرجل، والدار مع المائة تخرجان من الثلث، فليأخذ المائة صاحبها وتخرج الدار فإن بقي شيء من الثلث أخذه صاحب باقي الثلث مع الدار بعد موت المرأة وسلم لها الورثة السُّكنى وإلا سكنوا معها على الموارث.

ومن كتاب ابن المواز : ومن أوصى أن عبده يخدم ابنه خمس سنين وابنته سنتين ونصفا فهو حرٌّ بعد خمس سنين والثلث يحمله فهو حرٌّ بعد خمس سنين ويقسمان الخدمة على الثلث والثلثين، ويبطل ما ذكر من بقية الخدمة، يريد ولم يرثه غيرهما.

في الوصية للوارث وكيف إن نفذت ثم قيم فيها والوصية⁽²⁾ لبعض الورثة / أو أن يحج عنه وارث وغير ذلك من معنى الوصية للوارث⁽³⁾

من المجموعة قال سحنون : وما روى أن لا وصية لوارث⁽⁴⁾ يقول : إذا لم يُجز بقية الورثة ذلك، وأما إن لم يكن معه وارث فلا تكون وصية بحال.

(1) كلمة لم تظهر في صورة الأصل فتركنا مكانها بياضا. هذا مع الإشعار بأن الكثير من الكلمات التي تعذر التعرف عليها قد اقتبسناها من كتاب البيان والتحصيل الذي استعنا به في مقابلة هذا الكتاب.

(2) كلمة غير واضحة في الأصل تركنا مكانها بياضا.

(3) نظراً لكوننا لم نعثر على نسخة أخرى نقابل بها كتاب الوصايا ونظراً لكون لوحات صورة النسخة الأصلية قد وقع فيها محو وطمس تعذر معهما التعرف على بعض الكلمات فإننا سترك مكان تلك الكلمات بياضا.

(4) انظر سنن ابن ماجه، كتاب الوصايا باب لا وصية لوارث.

قال أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز والمجموعة : فيمن أوصى لبعض ورثته فَأَنْفَذَتْ وصيته ثم رجع بعض الورثة وقال لم أعلم فليخلف أنه ما علم ورجع ويكون له ذلك.

وفي امرأة أوصت بمثل ذلك وقال الزوج كنتُ كاتبَ الصحيفة وما علمتُ أنه لا وصية لوارث. قال : إذا حلفت أنك ما علمت لم يلزمك ذلك.

ومن كتاب ابن المواز : ومن أوصى بثلث ماله أو بأقل أو بأكثر وأوصى أن لا تُنْقَصَ أُمُّهُ من السُّدُسِ فليعزل وصية الأجنبي ويقسم ما بقي على الورثة فما أصاب الأمَّ نظر ما بقي لها إلى تمام السدس حاصت به الأجنبي في الثلث، فما صار لها فإن أجازه الورثة كان لها وإلا رجع ميراثاً، ولو أجازوا لها وللأجنبي خرجوا لهما من النصف وقسم الورثة ما بقي على موارثهم بعد طرح سهم الأم.

وإذا تركت امرأة زوجها وأُمُّها وأختين لأم وأختين لأب أو شقائق وأوصت أن لا تُنْقَصَ الأمُّ من السدس وأجاز الورثة فالقريضة بالعول من عشرة، للأمَّ منها سهم فأسقطه فيبقى تسعة بعد نصيب الأم فاعطِ الأمَّ السدس من أصل المال واقسم ما بقي على تسعة للزوج ثلاثة / وللأختين للأمَّ سهمان وللأختين للأب أربعة. وكذلك لو تركت الأمَّ نصيبها لوارث أو قالت : نصيب عندي ولم يُوصَ له بشيء، ولو ترك أخاه وزوجته فقالت ... حقي عندي أو تركت موارثها... فإن القسم يرجع بما... على سبعة للزوجة لها فيه سهم منها وما بقي للأخ ولو كان مكان الأخ ابنٌ رجع القسم على خمسة... سهم منها وهو خمس الثلث وللإبن ما بقي.

146 ظ

قال ابن عبدوس قال سحنون : وإن ترك ابنين وأوصى لرجل بثلث ماله على أن لا ينقصَ ابنه فلاناً من النصف شيئاً فإن لم يجز الوارث... ثلث الثلث وبقية المال بين الأخوين، وقيل غير هذا، وهذا أحسن.

قال أبو محمد : وبلغني أن سحنوناً قال في رجل تُوفِّي وترك ابنين وأوصى للأجنبي بنصف ماله على أن لا يُنْقَصَ أحدَ ابنيه من النصف شيئاً ثم تُوفِّي. فأما إن لم يُجزِ الإبنان الوصية كان للأجنبي الثلث وذلك أربعة أسهم من اثني عشر

سهماً، وإن أجاز له الوصية أحدهما ولم يُجزها الآخر، فإنه يعطيه الذي أجاز ذلك له بينهما مما في يديه فيصير بيد الأجنبية خمسة وبيد الذي أجاز ثلاثة وبيد الذي لم يُجز أربعة، وإن أجازا له جميعاً وأجاز الأخ لأخيه أيضاً فإنه يعطيه كل واحد من الإثنين مما في يديه سهما فيصير بيد الأجنبية ستة ويبقى بيد كل ابن ثلاثة أسهم، فيقال للأخ الذي أجاز للأجنبي ادفع إلى أخيك سهمين مما معك فيصير / بيد الأجنبية ستة وبيد كل ابن ثلاثة أسهم فيقال للأخ الذي أجاز لأخيه ادفع إلى أخيك سهمين مما معك فيصير في يدي الأخ الموصى له خمسة أسهم وقد أعطى سهما للأجنبي من الأربعة الأسهم الأولى التي كان ورث أولاً فيحسب عليه في وصيته فقد استوفى وصيته ستة أسهم وهو يصف المال ويبقى في يدي الأخ الذي أجاز الوصية الذي لم يُوصَ له سهم، والذي ذكر ابن عبدوس عن ابن سحنون أحسن من هذا.

ومن العتبية روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم وهو عنه في المجموعة :
فمن أوصى بثلاثة لفلان ألا يصيب أُمِّي منه فيبقى لها ؟ قال : يُعزَلُ الثلث ثم يُؤخذُ منه سهمُ الأم فيردُّ إلى ثلثي المال فيقسمُ ذلك بين جميع الورثة إلا أن يجزَّ لها ذلك باقي الورثة.

ومن كتاب ابن المواز : ومن أوصى أن يحجَّ عنه وارث ويصوم عنه وله كذا وأن يُنفذَ باقي ثلثه حيث أراه الله فليردَّ ما كان للصوم، ولا يصوم أحد عن أحد، ولا يُعطى في الحج إلا قدرُ النفقة، وأما باقي الثلث فليقوم معه فيه باقي الورثة حتى يُنفذَ.

قال مالك : في امرأة لها ناقة فقالت لزوجها : هي للآخر مني ومنك ثم ماتت فباعها الزوج واشترى من الثمن أيضاً ثم جاء باقي الورثة فطلبوا الدخول في الإيضاء معه فأبى، فذلك له، وإنما عليه حصتهم من ثمن الباقية وليس لهم بالقيمة إلا أن يجابى في البيع.

ومسألة من ضمن في مرضه صدأق ابنته في النكاح / والإختلاف فيها وفيه 147 ظ
مسألة الذي قال... مع ولدي حتى يبلغ...

ومن المجموعة قال مالك : فيمن أوصى... في... أما هذا... قال ابن
حبيب : قال يحيى بن سعيد : ... باقي الورثة فإن... كلهم... فإن لم يكن له
وارث غيرُه فذلك له.

فيمن أوصى لوارث فصار قبل موته غير وارث أو كان غير وارث ثم صار وارثا... له بدين على هذا وفي المُوصى له...⁽¹⁾

من المجموعة والعتيبة⁽²⁾ قال سحنون ومحمد بن خالد عن ابن القاسم في
امرأة أوصت لزوجها... ثم مات فإن علم بموته فالوصية له... وارث وقال ذلك...
وقال عنه أصبغ : فيمن أوصى لإخوته وله ولدٌ ثم مات ولدُه قبل موته فصار
إخوته ورثته فذكر ما معناه أن الوصية تمضي، وقد تقدّم جوابُ هذه المسألة في
الكتاب الذي قبل هذا.

ومن كتاب ابن المواز : ومن أوصى لغير وارث ثم صار وارثاً فلا وصية له إلا
أن... فيجوزوه... في هذا ابن القاسم وأشهب : ولو أوصى صاحبه وهو يرثه
وارث ثم مات فظهر له حمل فولدت له ولداً، حجته لم يكن علم... / نافذة وذكره
في المجموعة عن ابن القاسم وأشهب ولم يذكر أنه لم يعلم به.

قال ابن القاسم : وبلغني عن مالك أنه قال : إن لم يعلم الميت بالولد فلا
وصية للأخ، قال في كتاب ابن المواز : فإن لم يمت حتى مات الإبن بطلت
الوصية للأخ لأنه وارث.

(1) يوجد في صورة الأصل طمس ومحو لبعض الكلمات داخل هذا الباب الشيء الذي دفعنا إلى اللجوء
إلى ترك مكانها بياضاً.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 250.

ومن المجموعة قال ابن القاسم : وَمَنْ أوصى لامرأة ثم صحَّ فطلقها - يريد بتاتاً -- ثم مات فالوصية لها نافذة.

ولو أوصت له في مرضها ثم طلقها البتة ثم ماتت من مرضها فإن كانت الوصية قدر ميراثه فأقل فذلك جائز وإن كانت أكثر ردَّ إلى ميراثه.

ومن الكتابين قال أشهب : ولو أقر لوارثه بدين أو وهبه هبة ثم قبله الموهوب فلا شيء عليه، وإن قامت بينة أن هذا قتل أباه - يريد عمداً - وأبرأ الأب فلا يُقبلُ منه ويَتَّهَمُ الأب ويجوز عفوُه عنه وهو لم يجعل ما يرث عنه وصية له فيكون في ثلثه، ولو لم يُبين وجعل ذلك وصية له جاز ذلك من ثلثه لأنه غير وارث، ومن أوصى لابنه وهو عبد أو نصراني فلم يَمُتْ حتى أعتق أو أسلم بطلت الوصية، وكذلك لو أوصى لامرأة ثم تزوجها في صحته ثم مات، ولو كان أقر لها بدين لزمه كإقراره لوارث في الصحة، وكذلك لو أقر لابنه النصراني بدين في مرضه ثم أسلم أو لأخيه في مرضه وهو غير وارث ثم صار وارثاً فذلك كله جائز.

قال أشهب : ولو وهب أخاه في مرضه هبة وقبضها وللواهب ولد فمات / 148 ط وصار الأخ وارثه فالهبة باطل وإن خيرت لا تمس الثلث (كذا) لا ينظر فيها إلا بعد الموت وقد صار وارثاً، ومن وهب لامرأة هبة في صحته ثم تزوجها في صحته ثم مات فإن أجاز لها في صحته فهي تأخذها من رأس ماله، فإن لم يُجزها فهي ميراث وإن وهبها في مرضه وقبضت الهبة ثم تزوجها في مرضه ثم مات فالوصية جائزة في (ثلثه) لأنها لامرأته.

ومن كتاب ابن المواز : ومن... في مرضه فتزوج الإبن بذلك ودخل أو زوجته هو فذلك مردود إلى الورثة والنكاح ثابت وتبعب زوجته...

فيمن أوصى لابن وارثه أو لعبد وارثه
أو من يقرب من وارثه أو يتصدق به عليه في مرضه
أو أوصى لعبد نفسه أو لصديقه الملائف⁽¹⁾

من العتية⁽²⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم في امرأة توصي لابن زوجها
أو لإخوته أو لأخواته أو من قَرَبَ منه من قرابته أو لبعض أخواته... له ممن يصير
به أو يرجع إلى الزوج قال : ذلك نافذ ولا يُردُّ بالصر... وكذلك لو أوصت لمن
ذكرت... على الزوج وقاله أصبغ، وكذلك لولد ولده الحي قال أصبغ : ولا يمين
على الموصى له لأنه ليس... إلى الزوج كان ذا قرابة أو...

وذكرت عن ابن حبيب عن أصبغ : في... له بصدقة فالمهر على زوجها في
مرضها، ففيل لها هذا لا يجوز، فقالت : هو لأخيه وصية / قال : ذلك نافذ ولا
يمين على الأخ أو غيره، ولو صرفه الأخ إلى الزوج لم يُنظر إلى ذلك، وله أخذه أو
تركه، وكذلك إلى غير الأخ ممن يَتَّهَمُ برده إلى الزوج أو إلى وارث غيره، أو ممن
يرى أنه أراد به الميت صلة الموصى له أو ممن يرى أنه أراد فيه ذلك لغناه، عنه والله
يحكم بينهم فيما يَعْلَمُ من التاليج⁽³⁾ [وقدفا قائمة إن فعل]⁽⁴⁾.

ومن المجموعة روى ابن القاسم عن مالك وابن وهب في امرأة تصدقت عند
الموت بمهرها على ابن زوجها من غيرها ؟ قال : ذلك جائز من ثلثها. قال يحيى
قال ابن القاسم : وإذا أوصى لأم ولده وله منها ولد فذلك نافذ، وأجاز مالك
الوصية لابن زوجها، قال ابن القاسم : وأما لأم ولد زوجها فأما باليسير مما يُعْلَمُ
أنها أرادت به الأم فذلك ماضٍ وأما بالكثير فلا يجوز.

(1) يوجد في صورة الأصل طمس ومحو لبعض الكلمات داخل هذا الباب الشيء الذي دفعنا إلى اللجوء
إلى ترك مكانها بياضا.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 194.

(3) التاليج : أصله التوليج من وَلَجَ ماله توليجا إذا جعله في حياته لبعض ولده فتسمع الناس بذلك
فانقدعوا عن سؤاله.

(4) كذا في الأصل وفي التعبير اضطراب.

ومن المجموعة، ونحوه في كتاب ابن المواز قال ابن القاسم وأشهب وابن كنانة وعبد الملك : إنما يجوز من وصيته لعبد وارثه بالتأفة كالثوب ونحوه يرى أنه نحا ناحية العبد، ورواه أشهب وعلي عن مالك.

قال في كتاب ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب : كالثوب والدينار.

قال أشهب في المجموعة : وكذلك لمكاتب وارثه بالتأفة عاما بالكثير فإن كان المكاتب ملياً يقدر أن يؤدي فذلك جائز، وإن لم يكن بالواجد لم يجوز، وإن أوصى لعبد وارثه بالشيء الكثير وعلى العبد دين يستغرقه أو يبقى منه ما لا يتهم فيه / فذلك جائز.

149 ظ

قال أشهب : إن أوصى لعبد وارثه الذي لا يرثه غيره فذلك جائز قل ذلك أو أكثر، فإن أوصى مع ذلك لأجنبي تحاص مع العبد في الثلث إن ضاق [فهو مع العبد كان له، وأما إن كان وارثه فننظر ما صار بعد تحاصه فإن كان تأفها فهو له وإن كان عنه مرة إن لم يجوز وارثه وليس وصيته لعبد وارثه لا يرثه غيره صار وصيته...⁽¹⁾ لأن ذلك للعبد حتى ينزع منه فذلك تحاص به فيه، إذا أكثر صار كوصية وارث، فأما وصية الرجل من... عبد أو مدبر أو مكاتب أو أم ولد أو من يملك بعضه أو معتقه إلى أجل فذلك جائز ويخاص به الأجنبي.

قال ابن القاسم : وصيته لعبد نفسه جائزة ولا ينزعه الورثة، وتجوز وصيته لعبد ابنه الذي لا وارث له غيره، وإن كان معه وارث لم يجوز من ذلك إلا ما لا يهتم فيه العبد ولو أوصى لعبد أجنبي كان للأجنبي انتزاع ذلك بخلاف عبد نفسه. قال أشهب : لأنها وصية لعبد أجنبي، وأما عبده فلا ينزع منه، لأنه إذا انتزعه منه ورثته فكأن وصيته لم تنفذ، واستحسن أن يقر بيده حتى ينتفع بها ويتمتع به ويطول زمان ذلك، ولا ينتزعونه إن باعوه أيضاً قبل طول الزمان. وأما بالتأفة فله انتزاعه واستحسن في غير ما ذكرنا لأن القياس إما أن ينتزعه مكانهم

(1) ما بين معقوفين كلام غامض ومضطرب.

أو لا يكون له انتزاعه أبداً لأن الميث نزعهم فرأيت ذلك لأنه / نزع على وجه 150
الضرر، وقال النبي ﷺ (لا ضرر ولا ضرار)⁽¹⁾. قال أشهب في كتاب ابن
المواز : والقياس في اليسير نزعُه أيضاً. قال ابن المواز : وقول ابن القاسم أحب
إليّ، ولا أستحسن أن لا ينزعوا من العبد وصيته يبيعونه به إن باعوه وقاله مالك.

قال مالك : وأما لعبد أجنبيّ فلا أجنبيّ انتزاعه منه ولو دفعها الوصيّ إلى
سيّده وهي دراهم مخنومة عن العبد ثم لقيه الوصيّ فقال ما دفعتها إليه ولا نزعتها
منه، ثم باعه فأعتق أو أعتقه، فإن انتزعه قبل... فهي له، وإلا فللعبد طلبه. وأما
في البيع فهي للبائع إلا أن يشترط المبتاع ماله.

قال في العتية : وإن انتزعه قبل بيعه فذلك له وليس ذلك بحسن.

ومن المجموعة قال عليّ عن مالك : إذا أوصى أن يُقضى دينُ ابنه وقد هلك
أبوه قبله فذلك جائز في ثلثه إلا أن يقول اقصوا فلانة امرأتى دينها على أبي أو على
بعض ورثته فلا يجوز ذلك إلا ببينة، وأجاز مالك وصيته لصديقه الملائف.
قال أشهب : وهو حق من أوصى له بحقه وحرمته عليه.

في المريض يتكفل عن وارث أو لوارث أو يقرّ أنه قبض ديناً من وارثه

من كتاب ابن المواز : وإذا تكفل المريض عن وارث له بحق لغير وارث أو
تكفل عن غير وارث بحق لوارث لم يُجزّ مالك إلا أن تصح صحة ثلثه ثم يموت
فيلزمه، أو يولد له ولد يحجب ذلك الوارث ويموت من مرضه ذلك. ثم لو مات
ذلك الولد قبل أبيه وعاد الوارث الأول وارثاً / لجازت الحاملة، مثل لو صح، لأن 150
ذلك من رأس المال، والذي مات ولده من الثلث، كمن تكفل في المرض عن

(1) حديث حسن تقدم تخريجه، وهو في مسند أحمد، وسنن ابن ماجه عن ابن عباس. وأخرجه أيضاً ابن
ماجه عن عبادة. وفي الجامع الصغير للسيوطي.

أخته. وهذا كله قول أشهب، ونحوه لعبد الملك. قال محمد : وكله صواب إلا قول أشهب، إن لم تكن صحته بينة خص الثلث. ولو أن له على وارث دية بحمالة فأشهد له في مرضه أنه قبض ذلك فلا يُقبل قوله. ولا تسقط الحمالة عن الأجنبي، ولو أوصى بذلك الذين وارثه الذي عليه لم تسقط حمالة الأجنبي بذلك.

في المريض يبيع من وارثه شيئاً أو يشتريه منه أو يوصي بذلك⁽¹⁾

قال ابن الموار : أخبرني ابن عبد الحكم عن ابن القاسم وأشهب عن بيع المريض عبده من وارثه. أو شرائه منه ؟ قال : أما... فجائز. وأخبرني أبو زيد عن أشهب في مريض يبيع عبده من الوارث أو وصيه أن يبيع منه فإن كان من العبد... يرغب في ملكه فلا يجوز. قال محمد : وهذا أحسن، ومالك عندي في العبد... حر مرغوب فيه، فإن لم يكن كذلك فذلك نافذ من... أو إذا كان... ولا يوجد من يُعطي به أكثر فإن باع عبده في مرضه من وارثه منه بأقل من قيمته أو اشترى منه عبداً بأكثر من... فقول الوارث أنه إن فضل من الثمن قيمة العبد وودى... القيمة فيما ابتعت قال ابن القاسم لا نرى ذلك ويرى إن صح / وقال 151
أشهب : ذلك له ويتم البيع، وهذا أحب إلينا ولا حجة للورثة، قال ابن وهب عن مالك نحوه. ولو كانت المحاباة في مبيعته من أجنبي كانت في الثلث.

ومن المجموعة قال ابن القاسم : ويجوز بيع المريض عبده من ابنه بغير محاباة، قال سحنون : إلا العبد النّيبيل التاجر منهم النافذ فيهم أن يميل به إلى بعض ورثته. قال ابن حبيب قال ابن الماحشون : إذا باع المريض عبده من ابنه بمحاباة بينة ثمن مائتين بمائة، فطلب الابن أداء المحاباة وأبى الورثة إلا ردّ البيع فذلك لهم وهي كوصية لوارث لا تجوز إلا أن يجيزوها، وإن أجاز بعضهم مضى من المحاباة بقدر حظّه، إلا أن يأبى المشتري إلا رده أو أن يملك جميعه، وقال بعض الناس : وإن له

(1) نظرا لحو بعض كلمات هذا الباب في الصورة الأصلية فإننا سترك مكانها بياضا.

إن شاء أن يملك منه بقدر مائة على أما أحبوا أو كرهوا لأنه لو كان ثمنه مائة لم يَكُنْ لهم مقال، ولا أقول به.

ومن كتاب ابن سحنون من سؤال حبيب : وعن مريض ليس له إلا دار واحدة فيبيعها من بعض ورثته ويستوفي الثمن ولا يحايي ؟ قال : ينظر السلطان، فإن كان إنما أراد أن يخص بها بعض الورثة دون... أو حوزا فلينقض بيعه، وكذلك الأرض والعبد.

ومن المجموعة ابن وهب عن مالك في مريض اشترى من وارثه عبداً فزاد في قيمته رُدَّتْ. قال أشهب : وإذا أوصى أن يشتري عنه وارثه للعتق فلا يزداد على ثمنه، قاله مالك قال أشهب : وإن قلت الزيادة كالدينار ونحوه لأنها وصية /
لوارث قال وقد كان مالك ترد مثل الأجنبي ما لم يكن يعلم ذلك، ثم رجع فقال : لا ترد. ولو مضى له بيع عبده ما أخذ ورثته وهو ممن يرغب في ملكه فلا يجوز ذلك وإن أخذه بقيمته إلا أن يكون... لأمر فيشتري كما يشتري سائر الناس. وأما إن كان من جنس الرقيق فذلك جائز ولا يحط من ثمنه شيء. قال ابن نافع : وإن أوصى ببيع عبده ممن... فأحب العبد من وارث فليوضع عنه ثلث الثمن.

وفي باب بيع العبد ممن أحب أو شرائه في الجزء الثاني بقية هذا المعنى. ويعد هذا باب فيمن ابتاع في مرضه أمة وأوصى بعتقها.

فيمن اشترى أباه أو أمه أو أخاه في مرضه أو أوصى بذلك أو أوصى برقية هل يشتري أبوه؟

من كتاب ابن المواز : ومن اشترى أباه في مرضه يرد مكانه ويرثه إن اشتراه بثلث ماله ويبدأ على ما سواه من عتق وغيره، وعلى العتق... والتدبير في المرض وكل من له أن يستحسنه فهو أولى بالثلث، ويرث مع من يرثه... باعه أو اشتراه حر ويعتق... يقوم

قال أشهب فيه وفي العتبية⁽¹⁾ عن مالك : إن اشتراه... فهو جائز ويرثه.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 87.

قال في العتبية⁽¹⁾ : إن استوفى أنه اشترى به يخرج من الثلث وفي سؤاله :
ومن له ورثة غير ... ؟ قال : وإن ... يخرج من الثلث ...

152 / له الدَّين والمال الغائب فليس له سواء بأكثر من ثلثه قال ابن المواز : فإن
فعل عتق منه محمل ثلثه ولم يرثه.

قال أشهب : وما أدري ما حقيقته، قال ابن المواز : وقد اختلف فيه قول
أشهب فقال في كتاب له شراؤه بماله كله إذا لم يكن معه وارث يشاركه لكن ثم
وارث يرث في رق الولد ويحجبه لو كان حرّاً، قال : فلما ابتاعه ماله صار حرّاً
لا ميراث لأحد معه، فأما إن كان معه مشارك في الميراث فليس له أن يشتريه إلا
بثلث فأقل، وكذلك يقول في كل من يعتق عليه إذا ملكه، وأنكر قول مالك.

وروى البرقي عنه جواباً كقول مالك واستقبل ابن عبد الحكم بورثته منه وإن
اشتراه في مرضه بثلث وقال : كيف يرث وهو لو أعتق عبداً بتلاً لم يوارث أحرار
ورثته حتى يقوم في ثلث العتق يوم موته إلا أن يكون له مال مأمون؟ ولكنه
استسلم إلى قول مالك اتباعاً له.

قال أشهب : وإن اشترى ابنه وأخاه في مرضه، فإن كان ذلك واحداً بعد
واحد بُدئ بالأوّل في ثلثه وإن كانا في صفقة فعلى قياس قول مالك يتحصّان،
وفي قولي : أبديّ الإبن وأعتقه وإن كان أكثر من الثلث وأورثه. قال محمد : بل
إن حمّله الثلث بُدئ به وإن بقي من الثلث شيء أعتق فيه الأخ أو ما حمل منه،
وإن اشترى أخاه أولاً فإن لم يحمله الثلث أعتق منه محمل الثلث، وأعتق الإبن في
بقية ماله وورثته إن خرج / كله وإن لم يخرج كله لم يعتق منه إلا ... الأخ، وقاله
أيضاً أشهب.

152 ط

وقال أشهب في رواية أخرى : إذا كانا في صفقة تحاصّاً. قال ابن سحنون :
أو يشتري ابنه جميع ماله، شركه وارث أو لم يشركه ويرث، كما له أن يستلحقه ...

(1) البيان والتحصيل، 13 : 87.

أن يشتري من سوى الإبن من الآباء والأمهات والجدود لأنه لا يستلحقهم. قال ابن حبيب : وهذا قول المدنيين ابن دينار وابن نافع وغيرهم. وابن القاسم يروي عن مالك في الأب والإبن وغيره... وورثه وقاله أصبغ.

ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم : ومن اشترى أخاه في مرض مات فيه... حمل... قال أصبغ : ويرثه لأنه لهم حرمة إلا بعد موت... أن يكون شيئاً... مأمونة من... وغيره... وورث.

قال ابن القاسم : وإن لم يسعه الثلث أعتق ما حمل الثلث منه... قبل موته... قال... أن من يعتق عنه عتق. قال أصبغ في المجموعة : في الثلث حتى يموت الميت فيعتق في... .

قال محمد : ليس قول أصبغ في هذا كله بشيء ولا يعجبني قول ابن عبد الحكم، وقول مالك أصوب، لأن حرمة أقوى من حرمة غيره من مثال في مرضه لأنه يملكه... حر صار لو استحقه... و

ومن العتبية عن عيسى عن ابن القاسم : في مريض... / ثم باعه للحيق به 153 وورثه.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى عيسى عن ابن القاسم : في مريض اشترى أباه بأكثر من الثلث ثم مات فالبيع جائز، فإن خرج من الثلث عتق وورث وإن لم يخرج عتق ما حمل منه ورق باقيه، وإن كان الورثة ممن يعتق عليهم ما رق منه عتق عليهم وإن كان قيمته جميع ماله والورثة ممن يعتق عليهم فالشراء جائز ويعتق عليهم.

قال سحنون قال ابن وهب : إن كان المشتري يُحجَب من يرث المشتري من الورثة فإنه يجوز شراؤه بماله كله أو بما بلغ ويعتق ويرث باقي ماله وإن كان معه من يشركه في الميراث فلا يشتريه إلا بالثلث ثم لا يرثه لأنه إنما يعتق بعد الموت، وقاله أشهب لا يشتريه إلا بالثلث كان يحجب غيره أو يشركه غيره ثم لا يرثه

(1) البيان والتحصيل، 13 : 87.

بحال، وقال غيره : كل من له أن يستلحقه فله أن يشتريه بجميع تركته ويرهه كان يشركه غيره من الورثة أو لا يشركه، وهذا القول ذكره ابن حبيب عن ابن الماجشون.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال ابن القاسم : إن اشتراه والثلث يحمله جاز الشراء وعتق، وورث إن كان وحده، وإن شركه أحد ورث حصته معه، قال لنا أبو بكر بن محمد روي عن مالك أن له شراء ابنه بالمال كله ويرهه، وهو قول ابن الماجشون كما له استلحاقه.

ومن سماع ابن القاسم : ومن أوصى بركة فإن كان تطوعاً فلا بأس أن يشتري أبوه أو أخوه ويعتق وإن كان ظهاراً وشبهه فغيره أحب إلي.

وروي يحيى بن يحيى عن ابن القاسم : فيمن أوصى / أن يشتري أخوه ولم يقل وأعتقه فإن فرق (كذا) عتق لأنه ما قصد، وكذلك في كل من يعتق عتقوا لو... أن يتبعه فليرد قدر ثلث القيمة... مرض... أن يتبعه بنظر... الثمن ميراثاً إلا أن يشاء الورثة صرفه في... وقال... أكثر ولم يكن فيه مبلغ ثمنه ورضي سيده ثم بيع بذلك ولا يحمل ثلثه ما سمى... أن يبيع منه بقدر ثلث المبتاع... ذلك وعتقه قال : نعم.

فيمن أعتق في مرضه أم ولده وتزوجها أو ضمن عن أبيه صداقاً⁽²⁾

من العتبية⁽³⁾ روى أشهب عن مالك فيمن أعتق أم ولده في مرضه فتزوجها فيه فعتقه جائز لأنها بعد موته حرة لا تحسب في ثلث ولا رأس مال، ولا يجوز نكاحها... ولا صداق لها ولا ميراث في ثلث ولا رأس مال... فلها صداقها منذ

(1) البيان والتحصيل، 13 : 87.

(2) نظرا لمحو بعض كلمات هذا الباب في الصورة الأصلية فإننا سترك مكانها بياضا.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 79.

أعلن الوصايا وإن كان... من صداق المثل. وقال في مريض زوج أمته من... أخ له صحيح وضمن صداقها وزوج الصحيح... المريض وضمن لها الصداق قال : فضمان الصحيح على أنه يلزمه ونكاحه صحيح تام وضمنان المريض على أنه لا يتهم، وأما النكاح فجائز والإبن مخير إن شاء... أدى الصداق وإلا فارق. قال أبو محمد : وفي هذه المسألة اختلاف وتأتي في النكاح.

154 ر

فيمن أذن له ورثته في مرضه أو صحته أن يوصي
بأكثر من ثلثه أو يعطي عطية لبعض ورثته
والمديان يجوز وصية أبيه بأكثر من ثلثه⁽¹⁾

من سماع ابن القاسم عن مالك قال مالك فिमَن أذن له ورثته عند خروجه إلى غزو أو سفر أن يوصي بأكثر من ثلثه ففعل ثم مات في سفره أن ذلك يلزمهم كالمريض، وقاله ابن القاسم.

قال أصبغ وقال ابن وهب : كنت أقول هذا ثم رجعت أن لا يلزمهم ذلك لأنه صحيح، وكذلك لو أدى له أحدهم في هبة ميراثه كالصحيح يأذنون له في العزل على ثلثه. قال أصبغ : وهو الصواب.

وذكر في كتاب ابن المواز عن ابن الحكم عن مالك مثل رواية ابن القاسم.

وروى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فिमَن أذن له ورثته في مرضه بالوصية بأكثر من ثلثه ثم صح وأقر وصيته ثم مرض فمات فلا يلزمهم ذلك الإذن لأنه صح بما يستغني عن إذنهم، فلا يلزمهم حتى يأذنوا في المرض الثاني وكذلك ذكر عنه في المجموعة.

وقال ابن كنانة : ولكن يخلفون ما سكتوا عن تغيير ذلك رضى به.

(1) سترك بياضا في مكان الكلمات التي طمست في صورة الأصل نظرا لتعذر معرفة حقيقتها من نسخة أخرى.

ومن كتاب ابن حبيب : ومن أوصى في مرضه بمائة دينارٍ لرجل وبوصايا وعال على الثلث فأجاز له ورثته الوصية بالمائة ثم مات، قال مطرف عن مالك :
 154 ط يحاصصُ صاحبُ / المائة أهل الوصايا، فإن نقص فعلى الورثة ثمنه قال مطرف :
 ولو أوصى له بمائة وهي أكثر من ثلثه وأجازوا له ثم مضى بوصايا بعد ذلك لغيره
 فيحاصصهم الموصى له بالمائة ثم ينظر فإن علم الورثة بما أوصى به لغيره... حتى
 مات فيرجع عليهم بما انتقص من المائة، وإن لم يعلموا أو علموا فقالوا لا نحيض...
 الأمر... وصيته على الثلث أول فذلك لهم لا يرجع عليهم إلا بما كان ينقص المائة
 من الثلث قبل أن يوصي بما وصى بعد ذلك، وقاله ابن الماجشون وأصبغ.

ومن المجموعة وهو في الموطأ⁽¹⁾ : وإذا أذن الورثة لصحيح أن يوصي بأكثر
 من ثلثه لم يلزمهم ذلك إن مات، لأنهم أذنوا في وقت... قال عن مالك : وإذا
 كان...

من المجموعة روى ابن القاسم عن مالك : وأما... ورث المريض إذا كان ورثه
 عنه... ومات... ومن في... فله الرجوع بعد موته، قال ابن الماجشون أنفذ ذلك
 بعد الموت... فلا رجوع لهم... ولا ينكره. قال ابن كنانة : لا... فيلزمها وأما
 155 د الزوجة... وحره أو ... / الإمام.

قال ابن القاسم وابن وهب عن مالك : وإذا استوهب وارثه ميراثه ففعل ثم
 لم يقض فيه شيئاً فإنه رد إلى واهبه.

قال عنه ابن وهب : إلا أن يكون سمي له من يهبه له من ورثته فذلك
 ماضٍ، ولو وهب له ميراثه فأنفذ بعضه فما بقي يُرد إلى معطيه ويمضي ما أنفذ،
 قال مالك : وما يعجبني أن يسأل امرأته بجهة ميراثها منه، وكذلك في كتاب ابن
 المواز عن ابن عبد الحكم عن مالك : إذا أذن له أن يوصي به لوارث آخر فإن
 أنفذه مضى وإن لم ينفذه فهو رد، وإذا أنفذ بعضه مضى ما نفذ ورُد ما بقي.

(1) أي في كتاب الوصية باب الوصية للوارث والحيازة، ويوجد ذلك أيضا في سنن الدارمي في كتاب
 الوصايا باب الذي يوصي بأكثر من الثلث.

ومن كتاب ابن المواز ذكر مالك في إذن الورثة والزوجة نجوماً تقدم وقال : ليس المرأة كغيرها. قال أشهب : وليس كل زوجة لها أن ترجع، ورُبَّ زوجة لا ترهب منعه ولا تهاب فهذه لا ترجع، وكذلك ابنٌ كبير غير سفيه وهو في عيال ابنه فلا رجوع له إذا كان ممن لا يُخَدَّعُ، وقال ابن القاسم : لمثل هؤلاء أن يرجعوا إذا كانوا في عياله ثم ذكر مرادتهم في صحته أو عند سفره مثل ما تقدّم من رواية ابن القاسم، وروى مثله ابن عبد الحكم.

قال مالك : في امرأة تصدّقت في مرضها على ابن ابنها بسُدُسِ دارٍ لا تملك غيرها، فأشهد ابنها أني سكّْتُ كراهيةً في سخطها، ثم حاز ابن الإبن وقاسم عند ذلك وجاز له عنده فضل فأخذه منه ثم لم تزل الأمُّ في الدار حتى... / قال 155 ظ مضى ذلك ولا ينفع ... فضلاً فلا... ذلك، قاله ابن القاسم وقال أشهب إذا أشهد فذلك ينفعه، ولا يضره ما قاسم، قالها لي عنه ابن عبد الملك.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى عيسى عن ابن القاسم في مريض أوصى بجميع ماله وليس له وارث إلا ابن مريض فأجاز أصبغ الأب وقال : لأنه... صدقة على فلان... دينار ولا مال له غير ذلك قال : فالذي أوصى له... المائة دينار ثم يحاص هو والذي أوصى له الإبن نصيب هذا مائتان ومن أوصى له بثلث المائتين قال عيسى : إنما هذا إذا أجاز الإبن وهو مريض ثم مات لأنها وصية، فأما إن أجاز الإبن في صحة ثم مرض وأوصى بثلث ماله فليس ذلك المال له بمال، إذا قبضه المتصدق به عليه قبل موت هذا أو مرضه، فإن لم يقبضه حتى مرض الإبن فلا شيء له لأنها صدقة لم تُحْزَرْ. قال أبو محمد : يريد تبطل إجازة الإبن ما أجاز إن رضي أن يجوز من وصية الأب الثلث.

من المجموعة قال ابن القاسم وأشهب : فيمن أوصى للذكرين بثلث ماله ووارثه عليه دين محيط فأجاز ذلك فليس ذلك له وقال أشهب : لأنه وهب الثلثين وهي جائزة... فلم يردوها فلا... قال ابن وهب عن مالك ... / رد الثلثين.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 140.

في بيع المريض وشرائه وإقالته وهبته للثواب ومساقاته ومحاباته في ذلك وفعل الحامل في ذلك⁽¹⁾

من المجموعة قال ابن وهب عن مالك : لا يُمنع المريض أن يبيع ويتاع إذا لم يُعرف في ذلك محابة أو ضرر بالورثة. قال ابن القاسم وأشهب : وتجوز هبته للثواب كيبيعه. قالوا : فإن باع عبداً فقبضه المشتري فأعتقه وهو عديم فلا يجوز عتقه، قال أشهب : إلا أن يجيزه المريض ويخرج من الثلث. ولو قبضه مبتاعه ثم باعه بعد بيعه ويتبع المبتاع الأول بالثمن الذي عليه. قال ابن القاسم : وإذا كان الموهوب له عديماً فللورثة أن يمنعه من بيع الهبة حتى يؤدي قيمته.

قال ابن القاسم : وتجوز مساقاة المريض محله إلا أن يحايي في ذلك فتكون المحابة في الثلث، وكان سحنون ينكر هذا ولم أحفظ عنه فيه تفسيراً، والذي يُعرف على مذهبه إن كان زاد على سقاء مثله بأمر بين فذلك مثل هبته وما أنفذ من عطيته فهو في السقاء إلى غير ما يطول ولا يدخل على رب الحائط ضرر، فإن صحَّ فهما على شرطهما، وإن مات قبل يفسخ. فإن حمل ثلثه (الحائط) ثم ما صنع أيضاً، وإن لم يحمل الحائط ويحمل ما حابه به من الثمرة لم ينتظر إلى ذلك، وقيل للورثة أجزوا السقاء كما شرط وإلا فاقطعوا للعامل ثلث تركة الميت ويفسخ / 156
السقاء، ولا يمكن العامل في الإنفاق من السقي، فإن طال ذلك الإيقاف وخيف على الحائط أن تضعف قسمة السقاء بينهما ولم ينتظر صحة المريض أو موته.

قال عليّ عن مالك : وإذا باع غلاماً ليس له غيره فوضع منه، فإن كان قدر ثلثه جاز، وإلا جاز منه قدر الثلث، وذكر ما له المريض من مقسم من سلم كما في المدونة وأما إن كان الطعام... ما له منه في مرضه ولا يملك إلا بهبة فأعرف... لم تجز الورثة أن يبدأ بدينه وهو... مما بقي... للموصى له ثلثه ولم تجز الورثة.

(1) استترك أيضاً في هذا الباب بياض فيما لم يظهر في صورة الأصل.

ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم : ومن أسلم في ... مال منها في مرضه ثم مات ولم يترك غيرها فإن كانت تسوى رأس المال لا ... فذلك جائز وإن ... أكثر خير الورثة بين أن ... كان مع ... حاص المعلن بما زاد منها على رأس المال مما صار له ... وضع له من قيمة ... كان طعاماً أو غيره، وقال ابن دينار غير هذا. قال ابن القاسم : وهذا أحبُّ إلينا.

ومن المجموعة قال عيسى عنه في مريض باع عبده بأقل من قيمته ... فإن شاء المشتري عجل فسَخَّ البيع وإن شاء المريض إلى ما لا يطول في وضع في القلة ولمالك مسألة ... على شيء من هذا في الأمة في ... فتأخر حيضها ... فتوقف خمسون ...

156 ط / ثم إن رضيا بعد ذلك إن بنوا فناءها فإن ذلك خطر ... قال : ولا إجازة للورثة قبل الموت إذ لا يعلم لعل غيرهم يرثه.

قال سحنون : في المريض يبيع عبداً بمائة قيمته ثلاثون ومائة، ويقبض المائة فينفقها، ثم مات ولا شيء عنده فإن لم يُجزِ الورثة البيع يبيع من العبد في المائة الدين للمشتري، ثم للمشتري ثلث بقية العبد بلا ثمن، ولو قال الميت أنا أؤدي الثلاثين تمام قيمته ويكون لي فليس ذلك له على الورثة هم المُبَدَّون في إجازة البيع أو القطع له بالثلث.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال سحنون : فيمن باع في مرضه داراً بمائتين قيمتها ثلاثمائة وأنفق المائتين ولا شيء له فذكر مثل ما ذكر في مسألة العبد إن أجاز ورثته البيع بما فيه من المحاباة التي لا يحملها الثلث مضى ذلك، وإلا رده، وكان للمشتري ثلث ما يبقى من الدار بعد أن يُباع له منها بالمائتين.

ومن المجموعة قال ابن القاسم : في مريض اشترى ثلاثة دراهم بدينار ليس له غيره ثم مات فتردَّ الدَّراهم إلى صاحبها ويؤخذ منه ثلثا دينار.

قال ابن حبيب : إذا باع المريض فبث بيعه وقبض مبتاعه وفيه محاباة فتلك المحاباة تُبدأ على الوصايا كالصدقة البتل في المرض تَمْضِي، قال أصبغ : وإنما يُنظرُ إن كان فيها محاباة يوم البيع لا يوم يموت، وإن لم يَكُن فيه يوم البيع محاباة مضى ولا ينظر إلى ما يجول من سوقه يوم مات باع من وارث أو غيره، وإن باع في مرضه وَرَقاً بذهب / أو ذهباً بورق وحائز في دار ما وأوصى مع... محاباة إذ لا محاباة فيه فهو جائز... بعد الموت قيل قد قال قائل إنه من ملك... الأخذ إلا لأنه لم يرد به التأخير.

157 ط

قال ابن حبيب قال أصبغ : إذا باع المريض عبداً من أجنبي... فهو كما لو أوصى ببيعه منه إن كان قدّر ثلثه - يريد بعد يموت - نفذ ذلك ومضى ذلك، وإن كان أكثر تُخير الورثة بين ذلك أو يضعوا له بثلث العبد وليس له أن يعول إذا دفع لكم خمس ثمن العبد بعد ثلثه وأخذ العبد. وقال عيسى بن دينار يمضي له منه مالا محاباة فيه، ثم يُخير الورثة في باقيه... له وإما قطعوا له بثلث مال الميت في باقي العبد وليس للمشتري أن يعطيهم منه ثمنه ويادر هؤلاء لهم أن يردوا ذلك.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال عيسى بن دينار عن ابن القاسم : في الجبلى لا تفعل في حملها شيئاً... ستة أشهر حتى تصير منزلة المريض من يعولها يعرف... مما... قال : لا ولها ولا يسئل عن ذلك... قال أصبغ : وما فعلها إذا أثقلت... قال مالك : في موضع آخر فذلك ستة أشهر وجعل ...

فيمن ابتاع من زوجته في مرضه جارية
بدار له وقيمتها أكثر من قيمة الجارية وأوصى بعققتها

/ قال ابن حبيب قال أصبغ : فيمن ابتاع من زوجته في مرضه جارية بمنزل 158 له قيمته أكثر من قيمة الجارية وأوصى بعققتها وعليه دين محيط لا... فإن لم يّعها

(1) البيان والتحصيل، 13 : 241.

على شرط العتق فهي محيرة بين أن يؤدي قدر ما حوسب به في المنزل، وإلا رده وتأخذ قيمة جارتها من ماله تكون به مبدأة في ثمن المنزل وإن باعها بشرط العتق خُيرت بين أن تحبس المنزل أو تؤدي المحاباة ويتم بيع الأمة بقيمتها ويعطي دين الميت، فإن بقي شيء أعتق مقدار ثلثه من الجارية، فإن أبت المرأة... ردت المنزل وخُيرت بين أن تمسك من الجارية بما رُق منها وتأخذ من ثمن المنزل... ما عتق منها ومن قيمتها، وبين أن يمضي بيعها كلها ويرجع في مال الرجل بجميع قيمتها تكون مبدأة في ثمن المنزل.

في الموصي بماله كله ولا وارث له وفي الذمي لا وارث له يوصي بماله للكنيسة أو لا يوصي بشيء

من كتاب ابن المواز قال محمد : ومن ليس له وارث وأوصى فقال : ثلث مالي صدقة عليّ، وثلثاه صدقة على المساكين فلا يجوز له ذلك، لأن الوصايا مقصورة على الثلث في السنة⁽¹⁾ ولو فعل ذلك الوصي على الإجهاد جاز ذلك استحساناً.

قال أشهب : وبلغني عن عليّ وابن مسعود وعبيدة السلماني فيمن لا وارث له أن يوصي بماله كله لأن له الثلث وكأنه أنفذ الثلثين فيما ينبغي أن ينفذ فيه إذ لا وارث له، قال أشهب⁽²⁾ :

(1) إشارة إلى الحديث النبوي الذي سبقت الإشارة إليه في هذا الكتاب حينما قال الرسول ﷺ لسعد الثالث والثلث كثير. إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس، وإنك لن تنفق نفقة تفي بها وجه الله إلا أجرت حتى ما تجعل في امرأتك وفي بعض الروايات عوض أن تذر أن تدع، أخرجه البخاري في كتاب الجنائز ومسلم في كتاب الوصية ومالك في الموطأ في باب الوصية بالثلث.

(2) من هنا إلى آخر الباب وهو مقدار صفحة من الأصل لم نستطع إخراجه ولم نجد السبيل إلى استنساخه من نسخة أخرى لعدم توفرنا على نسخة للمقابلة.

فيمن عليه دينٌ لرجل لا يُعرف فأوصى به له وأوصى له بوصية

من كتاب ابن المواز والعتبية⁽¹⁾ من سماع ابن القاسم قال مالك : ومَن أوصى لرجل بدين فلم يُعرف الرجل وطلب فلم يوجَد فليتصدَّق به عن صاحبه.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك : فिमَن أوصى لرجل بستة دنانير ولآخر بثلاثة... الوصي فلم يعرفهما وأقامت بيده سنين لا يُعرف لمن هي فلا يتصدَّق بها عن أصحابها وقد أبلى عذراً، وكذلك فिमَن قال : لفلان ثمانية دراهم من عمل عمله فلم يُعرف الرجل.

ومن العتبية⁽²⁾ قال أبو زيد عن ابن القاسم : فिमَن أوصى بدين لرجل لا يُعرف، قال : إن كان له ولدٌ فليُخرج الدَّينَ من رأس ماله فيوقف ويستأني به، فإن لم يأتِ طالبه تصدَّق به وإن كان لا ولد له والدَّينُ تافه فعل به مثل ذلك، وإن كان كبيراً مثل نصف ماله أو أكثر لم يَجْز منه شيء.

وفي الجزء الثالث في آخر أبواب الوصايا بابٌ فيه معاني هذا الباب مستوعبة وبعضها قد يكون في هذا وهنا ما ذكرنا في... إقرار المريض لمن يتهم عليه.

في تبديية العتق الموصى به على الوصايا
وكيف أوجه التَّبديية فيه إن كان به عتقٌ دونه
أو معنى من العتق وكيف بما يساوي من العتق⁽³⁾

من كتاب ابن المواز /...

/ قال ابن وهب قال ربيعة : يتحصَّان، قال : والرَّبة بعينها مما في ملكه أو 160 تُشترى إن دخلها عولٌ أعتق منها محمل الثلث وكان حدودُها حدودَ عبد، والتي

(1) البيان والتحصيل، 12 : 461.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 461.

(3) سقط من أول هذا الباب نحو صفحة، هذا زيادة على عدم وضوح كثير من الألفاظ في صورة الأصل فتركنا مكانها بياضاً مثلما فعلنا فيما سبق. وقد أدى غموض بعض الكلمات إلى اضطراب المعنى في بعض الفقرات.

بغير عينها إن دخل العول اشترى بما بلغ لها رقة. فإن لم يبلغ أعين بها فيما يصير حرّاً كله.

قال ابن القاسم عن مالك : في الموصى بعق عبده ويعتق آخر بعينه يشتري فإنهما يتحصّان، وقال أشهب وعبد الملك يُبدأ بالذي في ملكه، قال عبد الملك : ليتّم حرّيته، ولعل الآخر لا يُتّم شراءه بامتناع أو غيره.

قال أشهب : وأجمع العلماء إلا من سُرّق الذي في ملكه يبدأ على الوصايا وأكثرهم لا يبدئون الآخر على الوصايا.

قال ابن القاسم وأشهب عن مالك : إذا أوصى بعق عبده وبأن يُكاتب الآخر فاعتق مبدأ، وكذلك على أن يؤدّي الآخر كذا فلم يعجله ولو عجله لتحصّاناً.

قال سحنون وقال أشهب : يُبدأ الذي يعتق على غير مال، قال أشهب : فإن كان معنى قوله يؤدّي هذا إلى ورثتي كذا وهو حرٌّ بمعنى أنه حرٌّ بتلاً وعليه المال باقٍ فليعتق في الثلث بالسّهم فمن خرج سهمه أعتق فإن بقي من الثلث شيءٍ أعتق فيه الآخر أو ما حمل منه، وأنكر سحنون السّهم في هذا وقال : يتحصّان، والذي ذكر ابن المواز عن أشهب كقول ابن القاسم إن عجل إلا المال تحاصّاً وإلا بُدئ الآخر إلا أن يعني أن ذلك بتلّ على أن يبقى عليه المال فيتحصّان، ولم يذكر.

/ قال ابن القاسم في الكتابين : وإن أوصى بعق عبد تاجر أو بعق عبده الآخر في سهم الخط الذي... بعد الأجل بدئ معجل وقال أشهب :... المعجل إلا أن يكون الموصى...

قال سحنون في المجموعة : قولي هذا أقوى من قولي في مسألة المال حين قال له سهم ولا موضع سهم في... قال ابن المواز وقاله أصبغ قال ابن المواز : فإن كان... معجل أو قريب من التعجيل والآخر إلى أجل عبد شرك، بالمعجل وأما إن كان إلى ...

قال ابن القاسم : ولو قال يخدم فلاناً سنة ثم هو حر، وفي الآخر يخدم فلاناً سنة ثم هو حر، فصاحب... ولو قال في الأول يخدم فلاناً سنة أو عمراً ثم هو حر تحاصا ولو كان الأجلان... تحاصا.

ومن المجموعة قال عنه... : في الموصى بعته مال مبدأ على الموصى... لو... إلى أجل. وإن أوصى إن كاتب... أو عتق هذا إلى أجل المؤجل أولى، ولا يدخل المكاتب في شيء من... المؤجل.

قال أبو محمد : واحتج بشيء نظر أن معناه ولو... مما لكان يبدئه من المكاتب عنه. وقال ابن القاسم يحاص ولا يبدأ أحدهما على الآخر.

ومن كتاب ابن المواز قال أشهب عن مالك : وإن أوصى بعته مكاتبه ويعتق عبد عبده يحاص.

قال عنه ابن القاسم : وإن أوصى بعته مكاتبه وبمكاتبه / عبد آخر بُدئ¹⁶¹ بالذي كان مكاتباً. وإن أوصى أن يكاتب عبده فلاناً وأن يعتق الآخر بعد خدمة فلان سنة وضاق الثلث فليُسْهِمَ بينهما فمن خرج عتق في الثلث، وإن لم يحمله خَيْرُ الورثة فإما أنفذوا قول الميت أو أعتقوا منه محمل الثلث بتلاً، فإن خرج المعتق بعد خدمة سقطت الخدمة كالسنة والستين على الموصى أن يكاتب، وإذا طال أجل الموصى يعتقه إلى أجل قال ابن المواز : وأحبُّ إليَّ أن يبدأ المعتق إلى سنة لأنه مثله ولا عجزَ فيه، وقاله عبد الملك.

قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون : تبدأ الرقبة بغير بقيتها التي في ملكه على التي تُشْتَرَى، وتبدأ على التي تعتق إلى أجل، ويبدأ الموصى بعتهما إلى أجل غير طويل يحاص مع الموصى بكتابته، فيعتق من كل واحد منهما بقدر ما أوصى له وتسقط الخدمة والكتابة، وهما مُبَدَّآن على رقبة بغير عينها، والتي ليست بعينها مبدأة على الوصايا بالمال، كان ذلك كله في كلمة واحدة أو فوراً بعد فور فليبدأ الأوجب فالأوجب، وقال المغيرة وابن دينار ولا أعلم كثيراً منه إلا قول مالك، قال ابن حبيب : وبه أقول.

ومن كتاب ابن المواز : وإن أوصى بعق عبده له حاضر ويعتق آخر أبى فإن كان إباق إياس بُدئ الحاضر.

قال سحنون في المجموعة في المدبرة تلد فيأبى ولدها إباق إياس وتعق هي في الثلث كله، ثم يرجع الولد، إنه يُخاصُّها كالَّذين لحقها، وقال ابن القاسم : وإذا قال : فلان حرٌّ بعد موتى بسنة وفلان حرٌّ / بعد موتى بعشر سنين، فهذا...^{161 ط} يُعجل الذي إلى سنة حتى وتقارب مثل ثمانية وتسعة وخمسة تحاصا في الثلث. وأما موصى بعقه إلى سنة وموصى بكتابه فيتحصان، ويقال للورثة إن لم يسعهما الثلث، إما أن يجيزوا، وإلا عتق محمل الثلث منهما ابتداء.

قال ابن وهب وعليّ عن مالك : فيمن أوصى بعق عبده معجلاً وأوصى لرجل بخدمة عبد له آخر ثم هو حرٌّ فيبدأ بالمعجل، قال عنه ابن القاسم : في عبد معتق إلى أجل أوصى فيه بوضع خدمته وبعثاقه آخر فيتحصان ويُخاصُّ الذي فيه الخدمة بقية الخدمة، وإن كان معه.. العتق ومدبر... وكذلك في رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم.

وقال سحنون : فيمن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ثم هو لفلان، وأوصى بعق عبده له آخر إلى عشر سنين، ولم يحمل الثلث... فيبدأ المعتق إلى عشر سنين ثم يجيز الورثة ذلك عشر العبد الآخر للرجلين وبرقة صاحب خدمة ثم تصير رقبته للآخر، فإن أبوا سلّموا خدمة العبد الآخر إليهما فبدئ في الموصى له بالخدمة بقيمة خدمة الآخر ومن فضل فهو موصى له برقة الآخر ثم أعتق هذا العبد الآخر إذا حلَّ الأجل.

قال ابن القاسم وأشهب عن مالك : وإن أوصى أن يُباع عبده للمعتق فإنه يوضع من ثمنه ثلثه ويبدأ على الوصايا.

ومن العتبية⁽¹⁾ وكتاب ابن المواز / روى أشهب عن مالك : فيمن أوصى أن تُشْتَرَى رَقَبَةٌ مكفولة أو مُفَدَّى نفسها وأوصى بوصايا فإنه يبدأ بالمكفولة لأنه إن دخلها العول لم تَكُنْ مكفولة ولا تفي نفسها، ومن كتاب ابن المواز : وكذلك لو قال : مستغنية محررة قيل لأشهب : فإن قال مستغنية أتبدأ ؟ قال نعم.

ومن العتبية⁽²⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم : فيمن قال : ثلثي حرّ وعبد، فلان حرّ ؟ قال : يبدأ العبد الذي سَمَّى، فيما بقي من الثلث اشترت به رقاباً فأعتقت. ولو كان له رقابٌ لبدئ المسَمَّى فإن بقي من ثلثه شيء أسهم فيه بين من بقي من رقيقها.

قال عنه موسى ابن معاوية : وإن أوصى بشراء عبدٍ من ثلثه - يريد بغير عينه - فيعتق وما بقي من ثلثه ففي رقاب تعتق وأوصى بوصايا، قال : فإن ضاق الثلث تحاصوا بالبوصايا والرقبة الأولى، وإن اتسع جعل الفضل من الثلث في الرقاب التي قال لأن من أوصى بشيء بعينه وقال فما بقي من ثلثي في كذا وأوصى بوصايا قبل ذلك أو بعد فإن لصاحب باقي الثلث ما يبقى بعد ذلك كله.

قال ابن عبدوس قال علي عن مالك : ويبدأ بالعتق على الوصية للقرابة. قال أبو محمد : يريد العتق بعينه.

قال علي عن مالك : إذا أوصى بمال يُعَالُ به في رقة وبوصايا فقال علي الثلث فإنه يدخل فيها العول. ولو أوصى برقة تامة لم يدخل فيها العول إن كانت /¹⁶²ظ بعينها ويدخل في التي غير معالة. وإذا أوصى بمثل يُعَالُ به في رقة فلا يُعَالُ به إلا فيما يتم فيه عتقه.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 69.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 193. ونص العتبية بالتأنيث : امرأة قالت في مرضها...

وجه التبدية فيما بتل المريض
من عتق أو صدقة أو عطية أو دبر فيه
مع ما أوصى به من عتق وغيره أو ما تقدّم له من تدبير
وكيف بما يُبدأ من هذا بشيء بعد شيء

من كتاب ابن المواز قال : اختلف قول مالك في تبدية عتق البتل في المرض
أو التدبير فيه على ما أوصى أن يعتق بعينه فقال : يبدأ المبتل والمدير فيه لأنه أيضاً
بتل تدبير على الموصى بعته، وبه قال ابن القاسم وابن وهب وابن دينار إن شاء
الله، وقال أشهب : يتحصّان. قال : وبلغني أن مالكا هذا آخر قوله.

أشهب وكأنه قال أنما حرّان بعد إن متّ، وإن عشتُ فأنت يا فلان
لأحدهما حرّ فلم يفضلّه عليه في موته ولكن فضلّه إن صحّ. وكقوله لرجلين : إن
متّ فبينكما عشرة وإن عشتُ فلفلان منكما خمسة. قال ابن المواز : ويقول ابن
القاسم أقول، ولو قال : إن متّ فأنت حرّ وإن عشتُ فأنت حرّ ولم يعجل له
العتق بتلاً لكان كما قال أشهب فيه وفي الصدقة، إذ لو شاء باعه في مرضه. ولو
أدان ديناً محيطاً بيع فيه ولكان له أن يرجع فيه في حكم المريض، وينفذ قوله فإن
عشتُ فأنت حرّ فيلزمه إن عاش، ولو كان (شكاً) / ولم يقرأها ولا علموا ما فيها
فكتبوا شهادتهم ثم مات فإن لم يشكّ الشاهد في الطابع فليشهد، وإن شكّ فلا
يشهد إذا لم يكن الكتاب عنده. قيل : أفلا يشكّ في الخاتم وقد غاب عنه؟
قال : إن شكّ فلا يشهد، قيل : وإذا دعا بوصيته من عند أهله فأشهد قوماً على
ما فيها أتقولون له إقرأها فإنها كانت عند أهلك؟ قال : ليس عليهم ذلك
وليشهدوا.

قال ابن المواز قال أشهب : ذلك جائز كانت مختومة أم منشورة قرأها عليهم
أو لم يقرأها، ولو قرأها ولم يأمرهم بالشهادة فليس بشيء حتى يقول إنها وصيتي
وأنّ ما فيها حقّ، وإن لم يقرأها. وكذلك لو قرأها وقالوا نشهد أنها وصيتك فقال
نعم، أو قال برأسه نعم ولم يتكلّم فذلك جائز.

ومن كتاب ابن المواز قال - يعني مالكاً - وإن لم يقرأها عليهم فليشهدوا، فإذا مات وعرفوا الكتاب فليشهدوا أنها وصيته أشهدنا على ما فيها. وكذلك لو أشهدهم عليها مطبوعة إذا عرفوها. قال : وإن فُتِحَتْ فوجد فيها نحو لا يُغَيَّر ما قبله ولا ما بعده لم يضر، وإن كان يحيل بعض الوصية المغيرة فذلك الشيء لا يجوز إلا أن يعرفوا المحو. ولو وجدوا حقاً لم يُبَيِّنْ لهم فلا يشهدوا عليه إلا أن يكونوا طبعوا عليها وعرفوا خواتمه فاحملوهم ما تحمّلوا.

قال أشهب عن مالك : ومن شكّ منهم فلا يشهد إذا لم تكن الوصية عنده حتى يتبين أنه خاتمه بعينه لم يُفَضَّ، وكان الناس قديماً يجيزون الخواتم في كتب /
163 ظ
القضاة وغيرها، ثم حدث الإشهاد على الطابع، وأجوزهم عندي شهادة الذي الوصية في يديه، والآخرون يشهدون بمبلغ علمهم ويحملون ما تحمّلوا، وقال أيضاً : أما الآخرون فلا أدري كيف يشهدون، وكذلك روى ابن القاسم عن مالك كما روى أشهب من أول المسألة.

ومن المجموعة ابن القاسم عن مالك في الميت توجد وصيته في بيته بخطه ويشهد عدلان أنه خطه فلا يجوز ذلك حتى يشهدهم عليها، وقد يكتب ولا يعزّم، وكذلك في العتبية⁽¹⁾ قال في المجموعة : وإذا أشهد جازت كانت بيده أو عند غيره.

ومن العتبية⁽²⁾ قال أصبغ عن ابن وهب : في امرأة دعت قوماً إلى وصيتها مكتوبة فقالت : اشهدوا على ما فيها لي وعليّ وقد أسندتها إلى عمّتي وما بقي من ثلثي فلعمّتي، ثم ماتت ففُتِحَ الكتاب فإذا فيه أن باقي ثلثي للفقراء والمساكين والأرامل قال : فليُقسَمَ الثلث بين العمّة وهذه الأصناف، قال أبو محمد : يريد فللعمّة نصفه ولهذا الأصناف نصفه، وقال ابن القاسم مثله.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 300.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 471-472.

قال ابن المواز روى أشهب عن مالك : في مريض حضره قوم فقالت امرأته أنه أوصاني في بقية ثلثه أن أنفق منه على بني فلان كل شهر كذا وهو يسمع ووصيته حاضرة ولم يُوقَّع ذلك فيها وقد كان قرؤها عليه وأقر بها ثم مات، فلا يجوز الذي قالت وذلك ردُّ إلى الورثة إلا ما يصيب الزوجة من بقية الثلث، يُعزَّل ذلك يُنفق على من أقرت له في كل شهر / كما قالت.

وفي الباب الذي يلي هذا تمام القول في الوصية تكون بيد غيره.

**فيمن قال وصيتي عند فلان فصدَّقوه
أو قال قد أوصيته فما قال فأنفذوه
أو قال يجعل فلان ثلثي حيث يراه الله**

من العتبية وكتاب ابن المواز وابن عبدوس قال ابن القاسم عن مالك فيمن قال عند موته : وصيتي عند فلان وأشهد على ذلك، وفي كتاب ابن المواز : فأشهدوا على ذلك فلما مات أخرج الرجل وصية فيها عتق وغيره قال : هي جائزة، وأبين ذلك إن كتب وصيتين وجعل بيد كل رجل واحدة فإذا أخرجها جازتا إن اتفقتا. وفي رواية ابن وهب في المجموعة في الوصية الواحدة بيد الذي ذكر قال مالك : على ماذا شهد هؤلاء ما أرى إلا شاهداً واحداً وأراه يجوز في الوصايا دون العتق، ثم قال بعد ذلك : أراها نافذة وقاله أشهب.

وقال ابن القاسم في هذه الكتب عن مالك قال فيمن قال قد كتبت وصيتي وجعلتها عند فلان فأنفذوها فأخرجها الرجل بعد موته ولا بينة فيها غير البينة على قوله هذا، قال : إن كان الذي هي بيده عدلاً أنفذت، وقاله ابن القاسم. قال العتبي قال سحنون : تنفذ كان الرجل عدلاً أو غير عدل.

قال يحيى بن يحيى وقال ابن القاسم : هو كما لو قال : قد أوصيت بوصايا أعلمت بها فلاناً فأنفذوا ما قال، إنه / ينفذ، ولو قال : كنت أعامل فلاناً وفلاناً فما ادعوا علي فصدَّقوهم قال : فليعطوا ما ادعوا بلا يمين.

ومن المجموعة وكتاب محمد قال ابن القاسم وأشهد : وإذا قال : قد أوصيت بثلاثي فلاناً وأخبرته بوصيتي فصداقه فهو مصدق. وقال أشهب : فإن قال إنما أوصي بالثلاث في ولايتي فهو مصدق، لأن الميث أمر بتصديقه، وليس مثل الذي شهد لابنه ولا مثل الذي يوصي إلى فلان أن يجعل ثلثه حيث يرى فيجعله لنفسه أو لابنه، هذا ليس له ذلك لأنه يوصي إليه ليجتهد فلم يجتهد، ولو أعطى لابنه وأقاربه كما يعطي الناس حسب الاستحقاق لجاز، وأكره أن يأخذ منه شيئاً لنفسه، فإن فعل حسب استحقاقه لم آخذه منه، وقاله ابن القاسم.

وقال : فإن قال لوليد أوصى به جعلته كشاهد له، وكمسألة مالك إذ قال : فلان يجعل ثلاثي حيث يرى. قال محمد وقال مالك في هذا إنه لا يأخذ هو منه وإن كان محتاجاً، وإن أعطى ولده وكان ذلك موضعاً جاز. قال ابن عبدوس وروى علي عن مالك في الذي أوصاه بجعل ثلثه حيث يراه الله لا يجبر أن يعطي ذلك أقارب الميث، ولكن يعطيهم كما يعطي الناس. قال مالك : وإذا كان قد علم حين أوصاه بجعل ثلثه حيث أراه [الله] أنه أراد أن يرده على بعض الورثة فلا يجوز وليرجع كله ميراثاً.

وقال علي عن مالك : فيمن أوصى امرأته أن تجعل ثلثه حيث أراها الله فلم تفعل حتى هلك⁽¹⁾ / صحيح لفلان عشرة دنانير من مالي عشت أو مت فإن قام عليه في صحته أخذها منه وإن مات المعطي لورثته القيام فيها فإن مات المعطي كانت في ثلثه مبدأة وكذلك عتق البتل في المرض كما ذكرنا.

قال محمد : وإذا مات فصداقة البتل مبدأة في ثلثه، ولو كانت له أموال مأمونة كان للمعطي تعجلها، ويكون من الثلث إن مات، وأما لو مات المعطي ثم مات المعطي فلا شيء لورثة المعطي إذ لا تتم صدقة الصحة إلا بالخوز، فإذا رجعت إلى معنى الوصية فقد مات الموصى له قبل موت الموصي فبطلت، وحملها

(1) الكلام هنا ليس تابعا لما قبله مما يجعلنا نعتقد أن هذه الورقة في الأصل لم توضع في مكانها المعتاد.

ابن القاسم محمّل عتق البتل إذ لم يَكُنْ له أن يرجعَ فيها. وهو عندي مختلف لأن العبدَ حائرٌ لنفسه بالعتق والصدقة لم تُحَزْ.

ألا ترى لو قال صحيحٌ لرجل لك عشرةُ دنانير من مالي إلى عشر سنين، وأعتقَ عبده إلى عشر سنين، ثم مات السيّد لبطلت الصدقةُ وصحَّ العتقُ، وقاله ابن القاسم : إذا تصدّق عليه إلى عشر سنين فمات قبلها بطلت الصدقة، ولو استحدث ديناً قبل العشر سنين بطلت الصدقة، وإن كانت في شيء بعينه إذ لم يقبضَ والدّين أولُ بها. ولو أراد بيعها قبل عشر السنين من غير دينٍ لحقه مُنعٌ من ذلك ولو كانت أمة لم يطأها.

قال محمد : ولو قال : فإن متُّ قبل عشر السنين فهي لك لرجعتُ إلى ثلثه إن مات، وإن مات المعطي قبله فلا شيء لورثته، وإن مات المعطي قبل المعطى رجعتُ إلى عشر سنين، فإن مات / المُعطى فيها قبل المعطي بطلتُ وإن بقي المعطى له حتى تَمَّتْ عشر السنين كانت له ولورثته إن مات فمن الثلث. قال أحمد بن ميسر : يعني إن بقي المعطي تَمَّتْ السُّنُونُ كانت من رأس ماله في حياته للمُعطي أو لورثته ما لم يمرض المعطي قبل يقبض ذلك مرضَ موته أو يموتَ فهي وصيةٌ إن كان المعطي حياً أحدهما، وإن مات قبل ذلك بطلت.

وفي باب من أعتق عبداً له عند موته من معنى هذا الباب.

جامعُ القول في الوصايا بعضها قبل بعض

من المجموعة وغيرها قال ابن القاسم وأشهب : ولا ينظر إلى ما قدّمه الميتُ بالذِّكر في كتاب وصيته، إنما يبدأ الأوكّد، إلا أن يقول : بدّثوا كذا فيبدأ على ما هو أوكّد منه.

قال ابن حبيب قال ابن الماجشون : وإنما له ذلك في ماله أن يرجع عنه وأما ما لا يُرجع عنه من عتق بتل وعطية بتل في مرضه والتدبير فيه فلا يُبدأ بما يقول، ولكن بما هو أوّل.

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أوصى بمثل صدقة وعطية ونحوها مما بعضه أفضل من بعض فلا تبديّة فيه وإنما هو في العتق.

قال مالك : ومن قال ثلثي في المساكين وفي سبيل الله وفي الرقاب ولفلان مائة دينار تحاصّوا، سواء بدأ بشيء من ذلك في كتابه أو بلفظه حتى يقول بدؤوا كذا على كذا فيبدأ. قال العتبي / : والتبديّة في الوصايا بالأوكد، ويبدأ عليها صدّاق المريض لأنه قد قيل إنه من رأس المال كالجنانية، واختلف قول ابن القاسم فيه وفي تدبير الصّحة، فقدّم المدبّر مرّة وبدأ صدّاق المريض مرّة. قال : ثم الزكاة الموصى بها مما فرط فيه، ثم عتق الظّهار وقتل الخطأ، واختلف فيه قوله فقال : يتحصّان وقال : يبدأ بكفارة القتل إذ في الظّهار بدل، ثم المدبّر في المريض والمبتل فيه معاً ثم الوصى بعقبة بعينه، والمشتري للعتق بعينه معاً، وقد قال يبدأ الذي في ملكه. قال : والموصى بعقبة معجلاً والموصى بعقبة إلى شهر وما قرّب يتحصّان، وكذلك المعجل مع كتابة عبده أو عبد عبده على غرم مال، فإن عجل المكاتب الكتابة وأدّى المال تحاصّوا، وإلا بُدّي الذي لا مال له، ثم هما ثم الموصى بعقبة بغير عينه والحجّ بوصاية معاً. وقد قال، يبدأ العتق بغير عينه على الحجّ.

ومن كتاب ابن حبيب ذكر قول ابن الماجشون الذي ذكرناه في باب التبديّة فيما بتل المريض، فذكر ما يبدأ شيء بعد شيء إلى أن ذكر التسمية بغير عينها وذكر أنها مبدأة على الوصية بالمال. قال ابن حبيب : وقد اختلف فيما ذكر فيه ابن الماجشون التبديّة فقال ابن القاسم : المدبّر في الصّحة مبدأ على جميع ما ذكرنا - يربد من بتل في المرض أو معتق بعينه أو زكاة أو كفارة - قال : وبعد مدبّر الصّحة / الزكاة يوصى بها ثم عتق الظّهار وقتل الخطأ معاً، ثم البتل في المرض والمدبّر فيه معاً، إن كانا في كلمة واحدة وفور واحد، فأما في فور بعد فور فالأول مبدأ، ثم الرّقبة بعينها التي في ملكه والمشتراة معاً، ثم الموصى بعقبة إلى أجل غير بعيد كسنة وستين ثم الموصى بكتابته، فإن طال أجل العتق أكثر من الستين فهو من المكاتب يتحصّان، ثم الرّقبة بغير عينها. وقال مطرق : البتل في المرض يبدأ على المدبّر فيه والمدبّر فيه والموصى بعقبة يتحصّان، وذكره عن مالك.

قال ابن الماجشون : إذا أوصى بوصايا بركاته لعامه أو لعامٍ مضى وبزكاة فطره وكفارة ظهاره وقتل وجزاء صيد وكفارة أيمان فهذه الواجبات كلها لا يبدأ بعضها قبل بعض وتبدأ هي على الوصايا.

قال : وقال مالك في المدبر في المرض والموصى بعقته يتحصان، وقولي أن يبدأ المدبر إذ لا يُرجع عنه ويُرجع عن الموصى بعقته، وكذلك يبدأ على الزكاة لأنه لو شاء قال لم يكن عليّ زكاة، ويبدأ المبتل في المرض من عتق وعطية على وصية العتق بعينه فيه، والعتق بعينه مبدأ على الوصايا، وقاله مالك كله ولا ينفعه إن قال : تبدأ الوصية بالعتق على البتل، وإنما له ذلك في الوصايا، فلو أوصى بهذه الكفارة أو بالزكاة وقال بدؤوا على ذلك عشرين ديناراً أوصيتُ بها لفلانٍ لبدئت عليها، وقاله أصبغ كله قال : وهو القياس إلا أنه قال في صدقة البتل إذا أجزت / في المرض.

167د

قال أصبغ : والاستحسان أن تبدأ الوصية بالعتق على بتل العطية في المرض، قال ابن حبيب : لا يُعجبنني ما استحسنت أصبغ من ذلك ولا ما ذكر من حيازة العطية في المرض، ولا وجه للحيازة في العطية في المرض.

ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم : ويبدأ بما أوصى به من كفارة يمين وظهار وقتل الخطأ على الوصايا من عتق بعينه وغيره، والزكاة - يريد يوصى بها - يبدأ على كل كفارة وعتق وإبتال في المرض ووصية. قال : والمدبر في الصحة مبدأ على الزكاة، قاله مالك. قال محمد : وليس من شيء في الثلث يبدأ عليه.

قال مالك : وليس كل ما فرط فيه من زكاة وكفارة قتل وغيره ثم أوصى به فلا يكون إلا في ثلثه مبدأ، وكذلك ما كان نذره من صدقة وعتق وغيره، والزكاة إن أوصى بها مبدأة على هذا كله.

وروى البرقي عن أشهب : أنه يبدأ العتق - يريد بعينه - على الزكاة والزكاة على الصدقة. محمد : وقول ابن القاسم أحب إلينا.

قال ابن المواز : ولو بتل عتق عبيد - يريد في مرضه - ثم أوصى بركة عليه لم يَكُنْ له ذلك، ولا يُحدث عليه ما ينقضه إلا أن يكون ديناً، وكذلك المدبر، وإذا أوصى بكفارة قتل خطأ وظهار وضاق الثلث فإن كان فيه ما يُعتق للقتل ويُطعم للظهار فعل ذلك إذ لا إطعام في القتل ولو كان القتل عمداً لُبِدَّتْ كفارة الظهار إذ ليست بواجبة في العمد، وقاله ابن القاسم في الخطأ، وإن لم يَكُنْ / في ¹⁶⁷ الثلث غير رقبة واحدة أخرجها ورثته عن أيها شاءوا، وقال أصبغ : أحبُّ إليَّ أن يُخْرِجَ عن القتل لعله يتوب له مالٌ فيكفر عن الظهار، فإن يمس من ذلك ففيما شاؤوا. قيل لابن القاسم : فإن لم يُوصَ إلا بالقتل وليس في الثلث رقبة أُورِثُ ؟ قال : لا. قيل : فيُعَانُ به في رقبة ؟ قال : عسى به.

قال أصبغ : يُعَانُ به. قال ابن المواز : وإذا أوصى بركة تقدمت ودبر في صحته ثم دبر في مرضه وتزوج فيه وبتل عتقاً وأوصى بكفارات وعتق عبيد بعينه وبوصايا، فقال مالك وأصحابه : المدبر في الصحة مبدأ على كل ما ذكرنا، ثم صدق المريض، واختلف قول ابن القاسم في تبديته على المدبر في الصحة وتبدية المدبر، قال أصحابه وقلنا : ثم بعد هذين الزكاة تبدأ على ما سُمِّيَت الأشياء. ذكر عن أشهب أنه يبدأ الزكاة على العتق بعينه، ولا نأخذ به.

ومن المجموعة ذكر قول ابن القاسم أن مدبر الصحة يبدأ على صدق المريض. وقال عبد الملك : الصداق يبدأ عليه لأنه كالجنانية، والمدبر يبدأ على العتق في اليمين بعتق عبيد في صحته ليفعلن كذا فمات ولم يفعله كان المدبر قبل يمينه أو بعد، لأن المدبر لا مخرج منه، وهذا يقدر على المخرج بالفعل.

ومن كتاب ابن المواز : وزكاة المال والحب والماشية سواء بالخصص في ضيق الثلث، ويبدأ ذلك على زكاة الفطر لأنها سنّة ثم الكفارات ويبدأ منها ما فيه / عتق على الإطعام، ثم إطعام الظهار، ثم كفارة الأيمان. ورؤي عن مالك في ¹⁶⁸ غير هذه الكتب أنه إنما يُبدأ كفارات الأيمان إن كانت عليه فيما علم، وأما إن أوصى بها تحسباً وتخرجاً يخاف أن يكون عليه فلا يبدأ هذا وهو كالوصية بالصدقة.

ومن كتاب ابن المواز قال : وَمَنْ يُعْلَمُ مِنْهُ أَنَّهُ لَا يُزَكِّي وَلَعَلَّهُ قِيلَ لَهُ فِي ذَلِكَ فِي مَرَضِهِ فَقَالَ سَأَفْعَلُ إِذَا صَحَحْتُ فَلَا يُلْزَمُ وَرِثَتُهُ إِنْ مَاتَ إِخْرَاجُهَا، وَأَمَّا إِذَا تَلَّتْ فِي الْمَرَضِ فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِي كِتَابِ الزَّكَاةِ. وَكَذَلِكَ مَا عَلَيْهِ مِنْ كَفَّارَةٍ فِي التَّنْفِيزِ فِي قِضَاءِ رَمَضَانَ وَأَوْصَى بِهِ فَيَبْدَأُ عَلَى مَا أَوْصَى بِهِ مِنْ تَذَرٍّ فِي صَدَقَةٍ أَوْ صَوْمٍ قَبْلَ أَنْ يُفْطِرَ لِسَفَرٍ أَوْ مَرَضٍ ثُمَّ يُقَدِّمُ فَيَعْتَقُ فَلَمْ يَقْضِهِ حَتَّى مَاتَ فَعَلِيهِ الْإِطْعَامُ إِنْ صَحَّ مَا يُمْكِنُهُ قِضَاؤُهُ فِيهِ. وَكَذَلِكَ إِنْ صَحَّ يَوْمًا أَوْ يَوْمَيْنِ - يَرِيدُ وَكَذَلِكَ إِنْ صَحَّ فَلَمْ يَقْضِهِ - وَقَدْ أَمَكَّنَهُ قِضَاؤُهُ كُلَّهُ ثُمَّ مَاتَ قَبْلَ رَمَضَانَ آخَرَ فَتَلَزَمَ الْكَفَّارَةُ إِنْ أَوْصَى بِهَا، وَكَذَلِكَ إِنْ دَخَلَ عَلَيْهِ رَمَضَانُ آخَرُ وَلَمْ يَقْضِهِ وَقَدْ أَمَكَّنَهُ قِضَاؤُهُ.

ومنه ومن المجموعة ابن القاسم عن مالك : ومن عليه صَوْمُ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ فَأَوْصَى بِهِ فَلْيُخْرِجْ عَنْهُ مُدًّا لِكُلِّ يَوْمٍ مَبْدَأً عَلَى الْوَصَايَا وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ لَمْ يُلْزَمْ وَرِثَتُهُ. ومن المجموعة قال ابن القاسم وابن وهب عن مالك : وَتَبْدَأُ الزَّكَاةُ عَلَى كُلِّ كَفَّارَةٍ وَعَلَى عِتْقِ الْبَتْلِ وَالْمَدْبَرِ فِيهِ.

قال سحنون : هذا إِنْ كَانَتْ الْوَصَايَا مَعًا وَكَانَتِ الْوَصِيَّةُ / وَالزَّكَاةُ قَبْلَ، قَالَ 168 ط
أَشْهَبُ : تَبْدَأُ الزَّكَاةُ أَنْ أَمْرُ بِهَا عَلَى مَا دَبَّرَ ثُمَّ زَكَاةُ الْفِطْرِ وَكَفَّارَةُ الْيَمِينِ، وَالزَّكَاةُ أَوَّلَى مِنْ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ وَالظُّهَارِ، وَقَالَ مَالِكُ.

قال ابن القاسم : وَكَفَّارَةُ الْقَتْلِ وَالظُّهَارِ تُبْدَأُ مَعًا بَعْدَ الزَّكَاةِ عَلَى كَفَّارَةِ الْيَمِينِ، فَإِنْ ضَاقَ الثَّلَاثُ عَنْ كَفَّارَةِ الْقَتْلِ وَالظُّهَارِ أَقْرَعَ بَيْنَهُمَا وَمَا كُنْتُ أَبَالِي بِأَيُّهُمَا بَدَأْتُ، وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ : أَنْ يَبْدَأَ بِالْقَتْلِ ثُمَّ يُطْعَمُ عَنِ الظُّهَارِ، فَإِنْ لَمْ يَلْغُ أَطْعَمَ مَا بَلَغَ وَإِنْ زَادَ عَلَى إِطْعَامِ سَتَيْنِ مُسْكِينًا أَعِينَ بِهِ فِي رَقَبَةٍ.

قال ابن كنانة : إِنْ أَوْصَى بِعِتْقٍ عَنْ ظَهَارٍ لَمْ يَلْغُ ثَلَاثُهُ فَلْيُطْعَمَ عَنْهُ. قَالَ ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ : تَبْدَأُ الزَّكَاةُ وَالتَّذَرُّ يُوصَى بِهِمَا عَلَى الْوَصَايَا. قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ : يَبْدَأُ بِكَفَّارَةِ الْيَمِينِ عَلَى الْعِتْقِ وَغَيْرِهِ. قَالَ أَشْهَبُ : إِلَّا أَنْ يَوْصِيَ فِي شَيْءٍ وَاجِبٍ مِثْلَ ذَلِكَ أَوْ زَكَاةٍ مَفْرُوضَةٍ فَيَبْدَأُ بِذَلِكَ أَوْ أَوْصَى بِذَلِكَ فِي فَوْرٍ وَاحِدٍ أَوْ بِشَيْءٍ بَعْدَ شَيْءٍ فَلْيَبْدَأْ زَكَاةَ الْمَالِ ثُمَّ زَكَاةَ الْفِطْرِ ثُمَّ كَفَّارَةُ الْإِيمَانِ، وَلَيْسَ هَذَا إِذَا أَوْصَى

وأوصى بمدبر لأن المدبر لا يرجع فيه ويرجع في الآخر فله أن يُدخِل معه ما شاء، ويبدأ بما أحب أن يبدأ. وإذا كان المدبر مع الزكاة والكفارات في لفظ واحد أو كان المدبر بعد ذلك فالزكاة والكفارات مبدأة عليه.

قال : والكلام المتصل لا ضمان بينه هو معنى قولنا في لفظ واحد. قال أشهب والمغيرة : إذا أوصى في عبد أنه مدبر ثم أوصى بركة أو كفارات أيمان فليبدأ المدبر، / قال أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية⁽¹⁾ : إذا قال مريض : ذبروا عبدي وأعتقوا رقبة عن ظهاري قال : يبدأ بالظاهر.

وقال عنه أبو زيد : وإذا أوصى أن يعتق عنه رقبة ولم يُسمَّ واجبةً أو تطوعاً فهي على التطوع حتى يعلم أنها واجبة، وذكر مالك في سماع أشهب : في يتم عليه وصي أوصى بوصايا وكان قد أمر بضرب عبد له حتى مات وأوصى عن ذلك بعق رقبة، فإن بين أنها من ذلك كانت مبدأة على وصاياه، قال أبو محمد : أراه يريد مات من الضرب ولم يتعمد أن يقتله، وقد تقدّم أن ما كان للعمد غير مبدأ إذ ليس بواجب.

في الحج يوصي به وبوصايا غيره وكيف التبدية في ذلك؟

من العتبية⁽²⁾ من سماع عيسى عن ابن القاسم : ومن أوصى بعق نصف عبد له وبالحج بنصفه وإذا بت عتقاً بعينه يتم عتق جميعه وبطل الحج، وإن لم يبيته فنصفه حر ونصفه في الحج.

ومن كتاب ابن المواز : ومن أوصى بالحج وهو ضرورةً ويعتق بدئي العتق إن كان بعينه وإن كان تطوعاً على الحج، وهذا أحب إلينا، وقال ابن القاسم : يبدأ العتق وإن كان تطوعاً بغير عينه على الحج. وقال أشهب : تبدأ الرقبة بعينها على حج الصرورة، ورواه عن مالك. وإن لم يكن بعينها بدئي الحج إن كان ضرورةً وإن لم يكن / ضرورةً بدئي بالوصايا كلها على الحج.

169ظ

(1) البيان والتحصيل، 13 : 325.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 142.

وروى أشهب عن مالك في الوصية بالعتق والحج والصايا، فإن كان عتق بعينه بدئ به وكان (العول) في الصايا والحج، فإن صار للحج ما يحج به أنفذ وإن نقص بدئ بالحج على الصايا، وإن لم تكن رقبة بعينها فهي كالوصايا في الحصاص.

قال أشهب : إن كان ضرورة، وإن لم يكن ضرورة بُدئ عليه العتق وإن لم يكن بعينه، وكذلك الصايا.

وقال في مجالس البرقي: إن لم يكن ضرورة لم يزد الحج على ما وقع له في العول، قال ابن كنانة: يُبدأ العتق بعينه على حج الصرورة، وهو مع الصايا أسوة، فإن لم يُلغ في حصاص الحج ما يحج به لم يزد عليه ويحج به من حيث بلغ ولو من مكة.

قال ابن المواز: وهو أحب إلي، وقاله أصبغ لأنه قال كان ضرورة أو غير ضرورة فهو أسوة مع الصايا والعتق وغيره، قال ابن المواز يبدأ كل شيء على الحج إلا أن يكون ضرورة، وقاله مالك وأصحابه. وقال ابن القاسم في مجالسه مثل قول ابن كنانة. وروى أشهب عن مالك وقال به إلا ما ذكرنا من قوله فيما يقع له في الحصاص.

وقال ابن القاسم في كتبه ورواه عن مالك : أن عتق التطوع يبدأ على الحج الصرورة. وقال ابن القاسم من رأيه : إن عبداً بعينه أو بغير عينه وكذلك الصايا عندي مبدأ على حج الصرورة. محمد : وقول ابن القاسم الذي وافق فيه أصحابه أحب إلي أن يُحاصر به مع الصايا والعتق بغير عينه وحج الصرورة / ويحج بما وقع له من حيث بلغ وإن لم يكن ضرورة فالوصايا مبدأة عليه. وقاله أشهب : وانفرد ابن وهب فقال : إن كان ضرورة بُدئ بالحج على الرقبة بعينها.

قال ابن حبيب : وكان ابن القاسم يُبدئ الرقبة بغير عينها على الحج وكان ابن وهب يبدأ الحج عليها. قال ابن حبيب : إن كان ضرورة بُدئ الحج وإن كان تطوعاً فهي وهو والصايا في الثلث شرع سواء.

فيمَن أوصى بعق عبده الآبق أو أن يكاتب عبده كيف التَّبدية فيه مع الوصايا وأوصى بعق عبده هل يعتق من عبده ؟

قال ابن حبيب قال أصبغ : فِيمَن أوصى بعق عبده الآبق أو غائب طالت عيَّته فليُنظر إلى قيمته يوم غاب على أنه آبقٌ إن كان آبق، فإن حمل الثلث تلك القيمة عتق، وإن أوصى بوصايا كانت الوصايا فيما بقي من ثلثه، وإن رجع العبد فهو حرٌّ أو مات حرّاً وإن ثبت أنه مات قبل سيِّده كان كشيء لم يَكُنْ ورجع أهل الوصايا إلى ثلث المال كله لا يُحسبُ فيه الآبقُ فأخذوا من الورثة ثلث ما بأيديهم من ذلك وسقط قيمةُ العبد من المال، وإن ثبت أنه مات بعد موت السيِّد قبل النَّظر في الثلث حاصَّ الورثة أهل الوصايا بقيمته وتلَّوا ميراثه فصار لهم ما وقع في المحاصَّة بقيمته.

قال ابن حبيب قال أصبغ : فِيمَن أوصى أن يكاتب عبده ولرجل بمائة دينار / يحمل الثلث قيمة العبد ويعطى المائة. قال : يُكاتبُ العبدُ بما سَمَّى أو بكتابة مثله إن لم يُسمَّ، ثم يقال للورثة إما أعطيتُم الموصى له المائة وخذوا الكتابة، وإلا فأسلمُوا ما بقي من الثلث بعد قيمة المكاتبِ وسلَّموا إليه الكتابة فيكون له، فإن ودَّى فولَّاه للميت، وإن عجز فرقبته للموصى له، ولو أوصى بالمائة للمكاتب ولم يحملها الثلثُ خيَّر الورثة، فإما أمضوا له الكتابة والمائة وإما قطعوا له بالثلث فتكون في رقبته حرية ويأخذ باقي الثلث.

قال ابن حبيب قال ابن الماجشون : وَمَن أوصى بعق رقاب فأراد الوصيُّ أن يعتقهم من رقيق الميت وأنى الورثة إلا أن يُشترى غيرهم وقالوا لم يرد هؤلاء، قال : إن أعتق منهم رؤوساً وسطاً فمن له أن يشتري مثلهم فذلك له، وإن أراد أن يعتق منهم مَن دونهم فليس ذلك له.

في الموصي يقدّم بعض وصيته قبل بعض وكيف إن قال بدّثوا كذا وبدّثوا فلاناً أو فضّلوه أو لا تُنقصوه من كراء

من المجموعة وغيرها قال ابن القاسم وأشهد قال مالك : وليس ما بدّأ ذكره الموصي في وصيته مبدأً، وإنما يبدأ الأوكّد فالأوكّد وإن تأخّر ذكره إلا أن يقول بدّثوا كذا فيبدأ وإن كان غيره أوكّد منه، وكذلك إن بدّأه على مال أوصى به من زكاة تنقّضت أو كفارة أو عتيق بعينه / قال ابن القاسم : ولو أوصى لرجل بمال 171 وأوصى بحجّ وقال : بدّثوا ذلك على ما أوصيتُ به من الزكاة لبُدّي لأنه لو قال : عليّ مائة دينار زكاة فأخرجوا عني نصفها لم يُخرج عنه غير ذلك، ولو قال بدّثوا التّسمة التي أوصيتُ بعتقها بغير عينها على التي بعينها كان كذلك.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى أصبغ عن ابن وهب : فيمن أوصى أن ثلثه لفلان ولفلان عشرةً دنائير ولا تُنقصوا صاحبَ الثلث شيئاً قال : فالثلث له ولا شيء للآخرين، ولو قال : ثلثي لفلان، ولفلان عشرةً لا يُنقصُ منها والثلث عشرةً فلا يُنقصُ منها ولا شيء للآخر قدّم العشرة في اللفظ أو أخرها، وقاله أصبغ.

قال عيسى عن ابن القاسم فيمن أوصى لفلان بكذا ولغير واحد وقال : وفضّلوا فلاناً، قال يُفضّل على أكثرهم وصيةً بقدر ما يرى من كثرة المال وقليته.

ومن كتاب ابن المواز وذكر ابن عبدوس لأشهد : فيمن أوصى أن لأحمد عشرةً ولزيد عشرةً ولعاصم عشرةً وبدّثوا أحمد على زيد وسكت عن عاصم فوجدنا الثلث عشرةً فلتقسّم بينهم أثلاثاً، فما صار للذي لم يُبدّئه ولا بدّأ عليه كان له وما صار لزيد ردّ إلى أحمد حتى يبلغ ما سمّي له، ولو قال يُبدّأ أحمد على زيد ويبدأ عاصم على أحمد قال : فلا يكون لزيد شيء حتى يستوفيا قبله، ولا يكون لأحمد

(1) البيان والتحصيل، 13 : 295.

شيء حتى يستوفي عاصم. إن كان الثلث عشرة أخذها عاصم وحده، فإن زاد على عشرة أخذ الزائد على عشرة أحمد حتى يُحاذي عشرته فيكون ذلك / لزید 171 ط حتى يبلغ عشرته أو ما أصاب منها، ولو قال يبدأ أحمد على زيد وزيد على عاصم وعاصم على أحمد، فلا تبديّة لأحد منهم على أحد وكأنه لم يذكر تبديّة ويتحاصّون.

ومن المجموعة قال المغيرة : ومن قال : عبي ميمون يخدم زيدا عشر سنين ثم هو حرّ، وعبي مبارك حرّ بتلاً وخدمة زيد مبدأة عليهما جميعاً، ولا يحمل الثلث إلا عبداً واحداً. قال : يُنظرُ إلى قيمة خدمة ميمون عشر سنين فيباع ميمون ويُعطى من ذلك لزید قيمة الخدمة ويُنظرُ ما بقي من الثلث فيُعجلُ من قيمة مبارك لأن عتق البتل يبدأ على المؤجل. فلما شرط تبديّة الخدمة عجلناها له ثمناً وعجلنا للمبتل ما بقي، وقاله سحنون.

قال عليّ عن مالك : فيمن قال : لفلان كذا مبدأ من ثلثي ولفلان كذا وعبي فلان حرّ قال : يأخذ المبدأ ما سَمَّى له ثم يعتق العبد إن بقي من الثلث شيء أخذ منه الموصى الآخر وصيّته أو ما وجد منها وإلا فلا شيء له.

فيمن أعتق عبيداً له عند موته لا يسعهم الثلث
أو أعتق بعضهم بعد بعض
وكيف إن كان عليه دين؟
وما يجري في ذلك من السهم؟

هذا الباب مستوعب في كتاب العتق.

قال ابن القاسم وأشهب وابن وهب في المجموعة عن مالك : ومن أعتق عبيداً له عند موته لا يملك غيرهم فليُقَسِّمُوا أثلاثاً. قال عنه ابن القاسم وابن وهب : ويجعل الخير مع الشرير، قالوا ثم يسهم بينهم فيعتق من أخرجه السهم.

قال عنه ابن القاسم وأشهب : فإن لم ينقسموا أثلاثاً / على تساوي القيمة 172 و
نظر قيمة كل عبدٍ ويسهم على أسمائهم، فمن خرج اسمه عتق إن كان كفاف
الثُلث أو أقل، وإن كان أكثرَ أعتق منه حمل الثلث، وإن كان أقلَّ أعيدَ السَّهم
إلى مبلغ الثلث في عبدٍ أو بعض عبدٍ، وإن حلف غيرهم وثلثه يحملهم عتقوا،
وإن لم يحملهم فالقرعة على هذا التفسير في عتق حمل ثلث ماله كله منهم، قال
ابن القاسم : سواء بتل عتقهم في مرضه أو أوصى به.

قال عن مالك : ولو قال أنصاف رقيقِي أحراراً أو أثلاثهم أو ثلث كل رأس
فلا قرعة، ويعتق من كل واحد منهم ما قال أو ما حمل ثلثه بالخصاص، وقال نحوه
أشهب.

قال ابن وهب عن مالك : ومن أعتق في مرضه رقيقاً في أيام مفترقة ثم مات
فلا يبدأ واحد منهم وهم في العتق سواء، وإن أعتقهم جميعاً في مرضه فقال :
فلان حرٌّ وفلان حرٌّ إن متُّ من مرضي هذا عتقوا في الثلث بالخصص.

قال سحنون : بغير سهم، وكذلك لو قال لخمسة أعبد له بأعيانهم هؤلاء
أحراراً بعد موتي فليعتق من كل واحدٍ ثلثه، بخلاف قوله رقيقِي أحراراً منهما بعد
موتي فهؤلاء يُسهم بينهم ويدخل في هؤلاء من أفاد من الرقيق ولا يدخل في
المسألة الأولى.

قال أبو محمد : وهذا الأصل فيه تفسير غير هذا وقد جرى منه في باب وجه
التبديّة فيما بتل المريض وفي الأوّل من العتق تمامه.

قال ابن القاسم : فيمن أعتق رقيقه في مرضه أو بعد موته وعليه دينٌ
يغترقهم، أقربَ بينهم من يُباع للدين ثم أقربَ للعتق إلى مبلغ الثلث / على ما 172 ظ
ذكرنا، وإذا خرج للدين لم يوجب الدين أعيدَ السَّهم حتى يوجب الدين، فيمن
خرج في عبدٍ أو نصف عبدٍ. ولا تكون القرعة عند مالكٍ إلا في وصية، ولو
قال : بيعوا رأساً منهم للدين وياقهم أحراراً فليُقرع من يُباع للدين، فإن لم يَف

كان الدَّيْنُ في بقية ماله سواهم ولو بيعَ منهم بذلك شيءٌ، لأنَّ فيهم وصيةٌ، ويُفَرَّغُ بينهم فيعتق منهم مبلَّغٌ جميع ثلثه بعد الدَّيْنِ.

قال : ومن كاتب رقيقه في مرضه ولا يسعهم الثلثُ فليقطع لهم الورثة الثلث إن لم يميزوا فَيُسَّهَمُ بينهم فيه كالعتق، قال ابن كنانة : إن قال في عشرين له اعتقهما فإن لم يبلغ ثلثي أعتقوا منهما محمله بلا قرعة فإن كان ثلثه مائة وقيمة أحدهما مائة والآخر خمسون فليعتق ثلثا كل واحد⁽¹⁾.

(1) هنا ينتهي الجزء الثاني من كتاب الوصايا. وجاء في النسخة الأصلية أنه يتلوه في الجزء السادس عشر - من تجزئتها العشرين - إن شاء الله الجزء الثالث من كتاب الوصايا والحمد لله وحده.

بسم الله الرحمن الرحيم

اللهم يَسِّرْ

الجزء الثالث من كتاب الوصايا

[ما تدخل فيه الوصايا من مال الموصي]

من كتاب ابن المواز، ونحوه في المجموعة، قال مالك، وأصحابه : لا تدخل وصايا الميت في ثلث ما عُلِمَ من ماله، ولا تدخل في كل ما بطل فيه إقراره، في مرضه لو ارث، أو ما أقر في مرضه أنه كان أعتقه، في صحته، أو تصدَّق به، وأمَّا ما كان يُعَلِّمُ به ؛ من عبد آبق، وجمل له شارد، وإن كان يُخَسَّ منه، ثم رجع بعد موته، ولو بعد عشرين سنة، من يوم موته أو مرجع حُبْسِ حَبَسَهُ هو أو أبوه أو أجنبيٌّ وجُعِلَ مرجعُهُ إليه، وإن بعد السنين الكثيرة، فإنه تدخل فيه وصاياهُ ؛ لأنه ممَّا عُلِمَ بأصله.

وأمَّا إن اشتهر عنده، وفي الناس غرقُ سفينتيه، وموتُ عبده، ثم ظهرت سلامةُ ذلك بعد موته، فروى أشهب عن مالك فيه قولين ؛ فقال : لا تدخل فيه الوصايا. وقال : تدخل فيه، وقد يُتَعَى إليه عبْدُهُ، وهو يرجوه.

وكذلك في العتبية⁽¹⁾ من سماع أشهب، قال : وتدخل فيما رجع من آبق وشارد.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 5.

روى عيسى، عن ابن القاسم، وذكر في سماع أشهب في الآبق يُنْعَى له
والسفينة يشتهر غرقها ثم يأتي ميتا ... (1)، مثل ما ذكر ابن المواز ؛ قال : تدخل
في ذلك الوصايا. وقد يُنْعَى له العبد، ويأس من الشيء ... (1) لا تدخل فيه
الوصايا ؛ لأنه يش منه. /

1/16 ط

وروى عيسى، عن ابن القاسم، وهو في المجموعة : إذا شَهِدَتْ عنده بينة
بذلك؛ من غَرِقَ السفينة وموت العبد والفرس أو تلفه فطال زمانه ويُحْسَ منه فلا
تدخل فيه الوصايا. وإن كان تلفه بلاغا ثم مات بقرْب ذلك ولم يشهد عنده
بذلك أحد فلتدخل فيه الوصايا.

وكذلك ذكر ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم قال : ويدخل في العبد
الآبق يرجع بعد موته وإن طال زمانه، ويُحْسَ منه.

ومن كتاب ابن المواز، قال مالك : ولا يدخل في مال ورثة عن ولي لم يعلم
بموته ؛ مثل أن يكون ببلد مسافته شهر، فمات قبله بيومين وشبه ذلك. وقاله ابن
القاسم وابن وهب وأشهب. وكذلك ديتُه في قتل العمد يوجد بعد موته.

قال ابن القاسم وكذلك لو قال : إن قَبِلْتُمُ الدية فوصاياي فيها أو في ثلثها
وثلثها وصية فلا يجوز ذلك، ولا مدخل له فيها وصية ؛ لأنها كإل لم يعلم به
أيكون أو لا يكون؟ إلا أن يعفو هو عن الدية أو يوصي بالعفو عليها، فتدخل
فيها وصاياها. وكذلك لو أوصى بثلث ماله منها لدخلت هذه الدية في ذلك.

وكذلك في العتبية (2) في سماع أصبغ عن ابن القاسم من أول مسألة الدية إلى
آخرها. ومثله في المجموعة وزاد عن ابن القاسم وعلي عن مالك فيمن جرح
جراحات خطأ، فخاف الموت، فأوصى لرجل بثلث ماله وثلث الدية ؛ لأنه قد
علم أن الخطأ مأل. وقاله أشهب.

(1) كلمات غير واضحة في الأصل تركنا مكانها بياضا.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 181.

2/16 /ومن كتاب ابن المواز : وإذا أقر في أمة أنها ولدت منه ولا يعرف ذلك وهو يورث كلاله ؛ فإنه يئتهم ، ويكون ميراثاً ، ولا تدخل فيها الوصايا . وإن كان له ولد فلا يئتهم ؛ ذكراً كان أو أنثى .

ومن المجموعة قال عليّ ، عن مالك : وإذا أوصى بوصايا ، وقال : قد كنت تصدقت بداري ، وقد اجتمع عندي من كرائها خمسون ديناراً . قال : إن لم يكن بذلك بينة فذلك ميراث ، ولا تدخل وصاياه في الدار ولا في كرائها .

وقال عنه ابن وهب : وإن قال : كنت أعطيت ابني أو زوجتي عطية . فلم يحزها ، وأبى الورثة أن تحجز ذلك . فإن ذلك ميراث ، ولا تدخل وصاياه في الدار ولا في كرائها قال عنه ابن وهب : ولو قال : [كنت في له الوصية] (1) .

قال ابن كنانة ، وعبد الملك : ولو تصدق بصدقة فحيزت ، وقد أوصى بالثلث فيعقب الصدقة فإذا هي لا تجوز ، فردت ؛ إنه لا شيء لأهل الوصايا فيها . قال عبد الملك : كان عطية أو حبساً فرد ولم يحز فهو كإل يعلم به أو ظن أنه نافذ .

قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون : إذا تصدق بصدقة ، فلم تحز عنه حتى مات فردت ، فإن كانت عنده فيما يرى - وفي مذهبه أنها لأهله - لم تدخل فيها الوصايا . وإن كان في حياته قد عمل على إبطالها فيما يرى ، فكان يرهنها ، ويسكنها ، ويفعل فيها ما يرى أنه لا يجهل أن ذلك يطلها ، ولو كان أهلها ممن يحوز لنفسه فتركها ، فإن الوصايا تدخل فيها .

2/16 ظ /ومن المجموعة قال ابن وهب وعليّ عن مالك : وإذا كان له مال يعلم / أصله فتجز له فيه قيم وهو لا يعلم ، أو غلات اغتلت له من شجر له غائبة لا يعلم مبلغ ذلك وميراث علم ولا يعلم عدده ، فإن الوصايا تدخل في ذلك كله .

(1) كذا في الأصل والظاهر أن في ذلك تحريفاً وحذفاً .

ومن المجموعة قال ابن وهب، وعليّ، عن مالك قال : وإذا أعطى عطيةً، فلم يُحَزَّ حتى مات، وهو يرى أنها تُؤخَذ من رأس ماله، فإن الوصايا لا تدخل فيها، وهي ميراث.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك وابن القاسم وأشهب وأصبيغ : وما ثبت من صداق الصحة بيينة فلم يُحَزَّ حتى مرض لم تدخل فيه الوصايا ويدخل فيه المُدَبَّر.

قال عنه ابن وهب : ولا تدخل وصاياه فيما بطل من عطاياه ولا فيما بطل من إقراره لمن يُتَّهَم عليه، أو غيره.

وقال ابن المواز، وقال ابن عبد الحكم، عن مالك، وهو في العتبية⁽¹⁾، من رواية عيسى عن ابن القاسم في المريض يقول : كنتُ أعتقتُ عبدي فلاناً في صحتي أو : كنتُ تصدّقتُ على فلانٍ بكذا أو : جعلته في سبيل الله. فإن قال في مرضه : فأنفذوه. أنفذ في ثلثه ويُدَي من العتق بعينه. وإن لم يكن بعينه حوصص به مع الوصايا. وإن لم يُقَل : فأنفذوه. فهو ناكل ولا تدخل فيه الوصايا. والوصايا في ثلث ما يبقى بعد إخراج ذلك.

قال ابن المواز : وقاله ابن القاسم وأشهب، وقاله ابن عبد الحكم عن مالك. وقد قال أشهب : إن قال : فأنفذوه، بُدئ عن الوصايا ممّا في السبيل أو من صدقة أو غيرها.

قال محمد : وقول مالك وابن القاسم أحبُّ إليّ أن يُبدَأ من ذلك ما يُبدَأ مثله.

3/16 قال ابن القاسم في الكتابين : ولو لم يذكر ذلك، فذكر حتى مات فقامت فيه البينة من صدقة وعطية وحُبس ونحوه. إلا أنه لم يُحَزَّ ؛ لدخلت فيه الوصايا. وزاد عيسى في روايته وإن ثبت العتق بيينة نفذ من رأس ماله. وأما العطايا حين لم

(1) البيان والتحصيل، 13 : 113.

يذكر حتى مات، وثبتت بالبينة فليُرَدَّ وتدخَّل فيه الوصايا. وقاله ابن الماجشون. انظر ما معنى قوله قبل هذا ؛ فلم يذكر حتى مرض فلا تدخَّل فيه الوصايا. وقال ها هنا : فلم يذكر حتى مات أنه يدخل فيها الوصايا. وقال في السؤالين : وقد ثبت بالبينة في صحته ولم يحز عنه. فالفرق عندي أنه لما ذكرها، فإنما ذكر ما يصح ذلك لأهلها. وإن لم يقل فأنفذوها صارت كما لم يعلم به لأنه نحا ناحية إخراجها حتى إذا لم يذكرها وكانت بيده، فكأنه تقرر عنده إبطالها، فكانت كما عَلِمَ به من ماله وكان الغالب عليها أنها من تركته.

قال ابن المواز : وقد رُوِيَ عن مالك في القائل في مرضه : كنتُ أعتقتُ فلاناً في صحتي، وتصدقتُ على فلان بكذا أن يُعتق العبدُ من ثلثه وتبطل الصدقة إذ لو ثبتت بالبينة لبطلت ولو قامت بالعتق بينة كان من رأس ماله.

قال محمد : وهذه الرواية غلطٌ ويبطل ذلك كله. ولو قامت به بينة كان العتق من رأس المال ويبطل العطايا ولا تدخل فيها الوصايا ويدخل فيها المُدَبَّر وكل شيء لا رجوع له عنه.

وقال أحمد بن مُيسر : وقد قال أشهب مثل قول مالك وابن القاسم هذا في الصدقة والحبس إذا أقر في مرضه أنه فعله / في صحته. وخالفهما في العتق بقوله : في مرضه أنه أبعد في صحته. وقال أشهب : هو نافذ لأنه لا يحتاج إلى حيازة وهو يحوز نفسه. وقد ذكرنا هذا في كتاب العتق.

وقال مالك، فيمن أوصى أن كل مملوك له حرٌّ وقد ورث رقيقاً بالثمن لم يعلم بهم فلا يدخل في ذلك. وقاله ربيعة. وقال ابن المواز : ولو حلف بعتق ما يملك لدخل في جنته في صحته مَنْ لم يعلم بهم من رقيقه. وأما حنته في مرضه فلا يُعتق في ثلثه إلا من علم به.

ومن العتبية⁽¹⁾، ابن القاسم عن مالك : وإذا أقر في مرضه بدين لوارث أو غيره مما يبطل فيه إقراره وأوصى بعتق وغيره فلا يدخل العتق في عتق ولا غيره من

(1) البيان والتحصيل، 13 : 237.

وصاياہ في ذلك. وذلك في ثلث ما بقي من تركته بعد عول الدين لأنه لو قال :
أعتقوا عبدي بعد مائة تعطونها⁽¹⁾ لأبي لم يعتق إلا فيما بعدها كما قال حاز أو لم
يجز⁽²⁾.

فيما بطل أو رد من الوصايا هل يدخل فيه ما في الوصايا؟ وفيمن أوصى بثلثه هل يدخل في ذلك بئر الماشية ؟

من كتاب ابن المواز، قال مالك : ومن أوصى لرجل بثلثه ولقريب له بمائة
دينار فلم يقبلها قريبه، فليخاص بها صاحب الثلث، وتورث. وقاله الخزومي وابن
دينار وابن كنانة. وإن أوصى لرجلين بعشرة وثلاثة عشرة فردها أحدهما في حياته
فإن علم بذلك، فلآخر عشرة، وإن لم يعلم فله خمسة وتورث خمسة. وهذه في
المدونة واختلف فيها قول مالك.

وإن قال : / عبدي حرٌّ إن شاء. ولفلان عشرة فلم يرد العبد العتق فهو
كالم علم به والوصية في جميع المال. وكذلك إن قال : لزيد عشرة إن قبل ولعمرو
عشرة. فلم يقبل زيد، فلعمرو العشرة كلها إن حملها الثلث، كأنه كمال يرجوه، ولو
قبل زيد ورد عمرو تحاصا؛ فما صار لعمرو كان ميراثا.
ولو قال : في كل واحد إن قبل فإنهما إن قبلتا تحاصا، وإن رد أحدهما
فالعشرة للآخر بلا حصاص إن حملها الثلث.

وقال مالك، فिमّن تصدق على بعض ولده برقيق في صحته، وحازوا ذلك
فلما مرض أوصى أن يعطى من بقي من ثلثه مثل ما أخذ الآخرون، وأوصى
بوصايا، قال : لا تدخل الوصايا إلا في ثلث ما بقي بعد أن يعمل لهؤلاء البنين

(1) في الأصل، يعطوها والصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل، جازت أو لم تجز.

ما أوصى لهم به ولا تدخّل فيه وصايا من عتق، وغيره. قلت : فمن أين يقول :
للبنين ذلك؟ قال : أما أشهب، فقال : من رأس المال، ثم الوصايا في ثلث
صاف. وقال ابن القاسم : من ثلثه، ثم يكون ما عُزِلَ من ذلك بين جميع الورثة.

قال أشهب، عن مالك فإن أوصى ألا يُباع طعام منزله، وأن يعزّل لعياله
يأكلونه. قال : لا يدخّل فيه أهل الوصايا فإنما لهم ثلث ما سواه لأنه نزعه منهم.
وإنما الكلام فيه للورثة ؛ لأن بعضهم يأكل أكثر من بعض.

ومنه ومن العتبية⁽¹⁾ من سماع أصبغ قال ابن القاسم فيمن أوصى بثلث ماله
لقوم وله بئر ماشيه قال : فلا تدخّل في ذلك لأنها لا تباع ولا توهب ولا تورث،
فكذلك لا يوصى بها ولا شيء لهم في الشرب مع الورثة فإن للورثة الشرب قبل
الناس ثم الناس بعدهم / ولا يدخّل معهم هؤلاء. قال أصبغ : ولم يأخذه الورثة
بالميراث.

4/16 ط

في اجتماع المدبّر والوصايا
وكيف يدخّل المدبّر فيما لم يعلم به الميث ولا تدخّل فيه الوصايا ؟
وكيف من عليه دينٌ وظهر له مال لم يعلم به ؟
ومن أعطته امرأته في مرضه خادما
على أن يعتقها هل تدخّل في ماله ؟

من كتاب ابن المواز، وهو من قول مالك : وكل ما أقرّ به في مرضه لو ارث
أو لمن يتهم عليه فإنه يُعزّل من جملة ماله مما علم به ومما لم يعلم فلا يدخّل فيه
الوصايا ويدخّل فيه المدبر في الصحة. وقيل : وصداق المريض. ويبدأ المدبّر على
صداق المريض على المعروف من قول ابن القاسم وهو أحب إلي، وقد اختلف قوله
فيه.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 265.

قال العتبيُّ : إن قوله الثاني : يبدأ الصداق في المرض. قال في كتاب ابن المواز : قلت : فالمدبّر والدين لمن يَتَّهَمُ عليه ؟ قال : المدبّر ؛ لا في أخْرِج الدين قبل كل شيء ثم أخرج المدبّر من الثلث؛ من كل شيء من الدين ومن غيره.

ومنه ومن كتاب ابن عبدوس قال ابن القاسم : ولو أقر بدين في صحته لمن يتهم عليه، وأقر في مرضه لمن لا يَتَّهَمُ عليه، فكُلُّهم مبدؤون. قال : والوصايا في ثلث ما يبقى. وإن كان الإقرار لهم كُلُّهم في المرض بدينهم أجمع ؛ فإن فني المال بطلت الوصايا؛ من عتق وزكاة وتدير في المرض وغيره؛ إلا المدبّر في الصحة فإنه يرجع في ثلث دين الدين بينهم فيهم كمال ظهر وثلاثه موروث.

قال في رواية أبي في العتبية⁽¹⁾ : / فإن بقي بعد إخراج الدين كله شيء، كانت الزكاة والوصايا في ثلثه.

ومن كتاب ابن المواز قال : وإن ترك مدبّرًا قيمته مائة، وعبدًا آخر أوصى بعته قيمته مائة، ومائة عينا، وظهرت له بعد موته مائة لم يعلم بها، فقال أشهب : يخرج المدبّر من ثلث جميع الأربعمائة يقع من كل مائة خمس وعشرون، وباقى ثلث المائة الطارئة لا يدخل فيه عتق العبد الآخر ولا وصايا الميت الآخر؛ فإنما يبقى للعبد الآخر بقية ثلث المائة التي علم بها الميت، وذلك خمسة وعشرون، فيعتق ريعه فقط. ولو كانت وصايا كانت فيها.

قال ابن القاسم، وأصبع : بل يبدأ المدبّر في ثلث المال الذي علم به فإن استغرقه بطل العتق والوصايا، ولم يدخل في الطارئ كانت زكاة أو عتق ظهار أو عتق بتل في المرض أو غيره، وإن بقي من الملك الماضي شيء كان للوصايا والعتق، ويبدأ منه ما يصلح، وإن عجز ثلث الماضي عن المدبّر أتم من ثلث الطارئ.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 347.

وذكر ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم عن مالك مثل ما ذكر ابن المواز عن ابن القاسم وأصبغ أنه إذا عُزِلَ ما رُدَّ من إقراره في مرضه لمن يُتَّهم عليه بدئاً بالمدير في الصحة في ثلث ما بقي. فإن لم يَفَ به أتمَّ من ثلث المعزول، فإن عتق في ثلث بقية ماله، وبقي من ذلك الثلث شيء، كانت فيه الوصايا على ما تقدم ذكره من التبدئة / قال ابن القاسم : والمدير في المرض يدخل فيما لم يعلم به الميت ولا يدخل فيه البتل في المرض.

5/16 ط

وفي موضع آخر من كتابه قال ابن المواز : ويدخل المدير في ثلث كل شيء، ما لم يعلم به الميت، وما بطل من إقرار الميت. وفي غير ذلك ؛ وكذلك يدخل في ذلك كل ما يُؤسَر للميت أن يرجع فيه.

ولو كان عليه دين محيط ببيع فيه مدبره ثم ظهر له مال لم يعلم به لنقض البيع وأعتقوا في ثلثه. ولو مات وله أموال مأمونة، كانوا أحرارا بموته يوم أوصى يعتقه بعينه ثم إن هلك المال بعد ذلك لم يردوا، ولو لم يكن له أموال مأمونة إلا أنه واسع جدا فلم يقوموا حتى هلك المال، لم يعتق من ذلك شيء. ولو قوموا وأخرجوا قبل تلفه ثم تلف بعد ذلك لم يردوا.

قال ابن حبيب : وروى ابن القاسم عن مالك أنه إن كانت له أموال مأمونة أن المبتل في المرض تتم حريته مكانه والمال المأمون العقار. وأما الناض فلا وإن كثر.

وقال أشهب، وأصبغ : إن كان الناض كثيرا مأمونا فهو مثل العقار في أمنه.

ومن العتبية (1) قال ابن القاسم فيمن أوصى بوصايا وله مائة دينار، وعليه مائة دينار دينا فظهرت له مائة بعد موته، ولم يعلم بها ؛ فليقض الدين من المائة التي علم بها وتبطل الوصايا وكذلك في المجموعة، وعن أشهب وزاد : فإن كانت كفاف الدين أو أقل من ذلك فلا وصية ويرجع بما في الدين في الطارئة، وإن كان / الدين لا يحيط بما علم من ماله، فالوصايا في ثلث ما بقي منه خاصة وكذلك

6/16 د

(1) البيان والتحصيل، 13 : 158.

لو لم يكن عليه دين، وله مدبر في الصحة، فإن خرج من ثلث ما علم وبقي شيء، دخل فيه الوصايا، وإن استغرقه المدبر فلا وصية. وقال أشهب، وهذا مثل ما ذكر ابن المواز عن أشهب.

قال ابن القاسم : والدية في العمد كمال لم يعلم به.

قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون فيمن حضره الموت فأعطته امرأته خادما فأعتقها، وقد طلبها أو لم يطلبها؛ إنه إن أعتقها لم تدخل في ثلثه وهي حرة. ولو لم يعتقها حتى مات لعادت إليها رقيقا ولم تدخل في ماله. وقاله أصبغ.

فيمن أوصى بوصايا وباقي الثلث

وقد ذكر باقي الثلث قبل بعض وصاياه أو لم يشترط

أو قال : يبدأ فلان، ولم يوص بباقي الثلث

من كتاب ابن عبدوس وكتاب ابن المواز، واللفظ لنا؛ قال أشهب فيمن أوصى أن لفلان عشرة دنانير ولفلان ما بقي من ثلثي ولفلان عشرة؛ فإنما لصاحب باقي الثلث ما حصل بعد العشريين وبعد كل وصية. وقاله مالك.

قال ابن المواز : إلا أن يقول : وما بقي بعده لفلان. ويقول : ما بقي لفلان يبدأ.

ومن كتاب ابن المواز : فأما إن قال : لفلان عشرة ولفلان ما بقي من ثلثي بعدها ولفلان عشرة؛ فليُنظر ما يبقى من ثلثه بعد العشرة الأولى، فيكون كشيء /
مسمى أوصى له به فيحاص به صاحب العشريين فما صار بعد من باقي الثلث أتم منه لصاحب العشرة الأولى عشرته، ويصير الحصاص للأول، ولصاحب باقي الثلث لهما جميعا بالثلث، ثم يفضل الأول من ذلك بعشرة، وهذا إن كان الثلث أكثر من عشرة، فإن كان عشرة فأقل، فلا حصاص لصاحب باقي الثلث. والثلث بين صاحبي العشريين ؛ نصفان. وإن كان الثلث ثلاثين ؛ فلصاحب العشرة الآخرة سبعة ونصف. وللأول مثلها، غير أنه يرجع، فيأخذ تمام عشرة مما بيد صاحب باقي الثلث، فيبقى منه اثنا عشر ونصف.

ولو قال : بدّئوا صاحب باقي الثلث على صاحب العشرة الأول أو قال : وما بقي فلفلان مبدأً على الأول أو لم يقل : وما بقي بعده لفلان وإنما قال : وما بقي، فله مبدأً. فإنه يحاص لصاحب العشريين بالثلث. فما وقع لهما بدئ منها صاحب باقي الثلث، بمثل ما يبقى من الثلث بعد إخراج عشرة منه وسلّم ما بقي للأول ويكون للآخر الذي له عشرة مبهمّة ما وقع له في الحصاص. وإن كان الثلث هاهنا عشرة لم يكن لصاحب باقي الثلث شيء. والحصاص بين صاحبي العشريين.

قال محمد : وقيل في الوجهين غير هذا وذكر لي عن أشهب، في القائل : لفلان عشرة، ولفلان ما بقي بعدها أو : بعده، ولفلان عشرة. ولم يذكر تبديّة ؛ إنه تخرج العشرة الأولى من الثلث. فإن بقي خمسة، تحاصّ فيها صاحب باقي الثلث وصاحب / العشرة المبهمّة. فما وقع لصاحب الباقي أخذه، وما وقع لصاحب العشرة المبهمّة جمعه مع العشرة التي للأول، فاقسما ذلك نصفين. والأول أحب إلينا وفول أشهب محتمل. في المجموعة عن أشهب نحو ما ذكر.

قال ابن المواز : وقيل أيضا فيه : إذا قال لفلان عشرة ولفلان ما بقي من ثلثي مبدأً؛ فهو لفلان عشرة والثلث خمسة عشر؛ إنه يقسم الثلث صاحب العشريين نصفين، ثم يرجع صاحب الباقي على الأول، فيأخذ منه خمسة. وهذا أحب إليّ.

قال : ولم يختلفوا في القائل : لفلان عشرة ولفلان عشرة وفلان مبدأً على فلان وسكت عن الثالث ؛ كان الثلث عشرة، فليقسم بينهم أثلاثا، فما صار للذي لم يبدأ به، ولا بدأ غيره، فهو له، وما صار للذي لم يبدأ، إذاً منه للآخر، مبلغ ما سمّي له، وقد تقدمت هذه المسألة، أو شبهها في باب الموصي يقدم بعض وصيته قبل بعض.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى عيسى عن ابن القاسم فيمن أوصى لقوم بوصايا، ولرجل بباقي الثلث ثم قام أياماً ثم أوصى بعتق وبوصايا ولم يغيّر الأولى، فليبدأ الأولون

(1) البيان والتحصيل، 13 : 148.

والآخرون وصاياهم. فإن فضل شيء أخذه صاحب باقي الثلث وإلا فلا شيء له. وإن لم يَف ما بعد العتق بوصاياهم تحاصوا فيه وسقط باقي الثلث.

قال ابن القاسم : فإن مات أحد العبيد أو استحق فأخذ له قيمة أو لم يقتل أخذ الموصى لهم الوصية؛ لم يدخل ذلك في الوصايا ولا يكون لَطَالِب باقي الثلث / منه شيء؛ كمال ظهر.

7/16 ظ

وقال عنه يحيى بن يحيى : إذا أوصى لرجل بعشرة ولآخر بعشرين ولآخر بباقي الثلث، ثم أوصى بعد أيام بوصايا بمال أو بشيء بعينه من دار أو عبد؛ فليس لصاحب باقي الثلث إلا ما فضل بعد الوصايا الأولى والآخرة مما هو بعينه أو بغير عينه؛ فما فضل كان له.

فيمن قال : لفلان ثلثي ولفلان دنائير سَمَّاها فقال : من ثلثي أو لم يقل بقية⁽¹⁾ الرسم

من المجموعة وكتاب ابن المواز واللفظ له، قال ابن القاسم : كان مالك يقول : إذا أوصى فقال : لفلان ولفلان من ثلثي عشرة. إنه يُبدَأُ بصاحب التسمية، إن قال فيها : من ثلثي. فإن لم يقل من ثلثي تحاصاً. ثم رجع مالك، فقال : يتحصان قال من ثلثي أو لم يقل. وبه قال ابن القاسم. وروى القول الأول أشهب وابن وهب بدءاً بالتسمية أو بالثلث؛ فهو أسوة تبدَأُ التسمية، إن قال فيها : من ثلثي. وإلا لم تُبدَأُ ويتحصان، وكذلك قال ابن الماجشون من رواية ابن حبيب، وكذلك روى أشهب، في العتبية⁽²⁾ عن مالك بدأ بالتسمية أو أخرها إذا قال في التسمية : من ثلثي. أو قال : منه. بعد ذكره الثلث، فهي مبدَأُ؛ وإلا تحاصاً.

(1) كذا بدون نقط.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 354.

وقال أشهب، عن مالك: وإذا قال : إلى فلان ثلثي، ولفلان ديناران، ولفلان ثلاثة. فليبدأ بالدينارين، والثلاثة، ثم يقسم بقية الثلث. قال : وليس لفلان أن يأخذه بنفسه.

وهكذا المسألة في كتاب ابن عبدوس، وذكر ابن عبدوس هذه الرواية، عن مالك / إلا أنه قال : إلى فلان ثلثي، ولفلان ديناران، ولفلان ثلاثة. فليبدأ بالتسمية يأخذ فلان باقي الثلث، بل يسميه في سبيل الخير.

قال أشهب : وذلك أنه قال : إلى فلان ثلثي. فيخرج ذلك أن يلي إنفاذه. وأما لو قال : ثلثي لفلان، ولفلان دينار، ولفلان ثلاثة. لتحاصُّوا إذا لم يقل من ثلثي. وهذا أحب إلي. ولمالك قول أن يبدأ أهل التسمية. قال والقول الآخر إن لم يقل : من ثلثي. تحاصُّوا. وإن قال، في التسمية : من ثلثي. بدئت.

وروى علي، وابن القاسم، عن مالك، في الموصى بثلثه في السبيل، أو لرجل. ولآخر بمائة، ولآخر بكذا. قال : يتحصَّون.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم، فيمن قال : لفلان كذا، ولفلان كذا من مالي في ثلثي. ولفلان كذا. ثم قال : وعبدى حُرٌّ.

قال : يبدأ الأول والثاني في الثلث، ثم يعتق العبد فيما بقي منه، بعد ذلك. فإن ضاق الثلث عن وصية الأول والثاني، تحاصُّا، ولم يبدأ منها الذي قال في وصيته : له من ثلثي. على الذي لم يقل ذلك منهما.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 195.

فيمن أوصى بمال وبعده بعينه يعتق أو لرجل وباقي الثلث فمات العبد أو مات أحد الموصى لهم

من العتبية⁽¹⁾، روى عيسى، عن ابن القاسم، فिमن أوصى لرجل بعشرة،
ولآخر بعشرة، وبعده لرجل أو بعته، ولآخر بباقي الثلث. فمات العبد قبل النظر
في الثلث فإنه ينظر، فإن كان الثلث بالعبد قدر العبد والعشرين فلا شيء
لصاحب باقي الثلث. وإن كان ثلثه قدر قيمته العبد فقط زال صاحب باقي
الثلث ورجع صاحب / العشرين بأخذ وصيتهما من ثلث ما بقي بعد العبد أو
ما حمل منها لأن ما هلك من التركة كما لم يكن، وإنما اعتبرنا قيمته لصاحب باقي
الثلث. ولو لم يوص بباقي الثلث، كانت الوصايا في ثلث ما بقي وألغى العبد كأنه
لم يكن، ثم يحيا العبد الميت بالذكر، فتضم قيمته إلى ما ترك الميت، ثم يخرج منه
ثلث الجميع العبد والوصايا.

8/16 ط

ومن المجموعة، قال علي وابن وهب وابن القاسم عن مالك : ومن أوصى بعته
عبده ولرجل بباقي ثلثه، فهلك العبد قبل النظر فيه فقال : يقوم وتضم قيمته إلى
باقي المال ثم ينظر ثلث ذلك فبطرح منه قيمة العبد. فما بقي فهو كله للموصى
له بباقي الثلث. وقاله ابن كنانة.

وقال المغيرة : ينظر إلى قيمة العبد صحيحا فيطرح من ثلث ما بقي من
مال الميت سن العبد. فإن بقي منه شيء، كان لصاحب باقي الثلث.

قال علي : ولو أوصى مع ذلك بعشرة لرجل حملت قيمة العبد على بقية المال
ثم أزلت من ثلث الجميع قيمة العبد ثم العشرة. فما بقي فلصاحب باقي الثلث.
فإن لم يكن فيه بعد العبد عشرة نظر إلى ثلث المال غير العبد، فأعطى منه
صاحب العشرة، وكان ما بقي للورثة.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 173.

ونال عبد الملك : موت العبد في الوصايا المسماة من رأس المال وفي الذي له باقي الثلث من الثلث.

قال علي عن مالك : وإذا أوصى لرجل بمال ولآخر بباقي الثلث. فمات الموصى له بالتسمية قبل موت الموصي، ولم يعلم به فإنما لصاحب باقي الثلث ما يبقى بعد إخراج التسمية / من الثلث ثم تعود التسمية ميراثا.

9/16

قال علي في التي أوصت بعنق أمة لها وب عشرة لفلان وخمسة لفلان وبباقي الثلث لفلان. ثم صحت، فأعتقت الخادمة ومات الموصى لهم بالمال ثم مات هي، فلصاحب باقي الثلث ما بقي بعد قيمة الجارية وبعد الخمسة عشر.

ومن كتاب ابن المواز، قال أشهب عن مالك : وإذا أوصت بتدبير أمتها وبوصايا آخر وبقية الثلث لفلان منه كذا ولفلان كذا، ثم كتبت وصيتها بعد ذلك لفلان كذا ولفلان كذا ثم ماتت المدبرة قبلها. قال : ينظر ثلثها، فيخرج منه قيمة المدبرة، فإن أعتق فيه فلا شيء لأهل الوصايا. وإن فضل شيء فلاهل التسمية وللذين كتبت لهم في وصيتها ؛ الإخوة يتحصون هم والمبدؤون بالذكر في أول وصيتها يبدؤون على صاحب باقي الثلث.

قال ابن المواز : إنما جوابه عندي على غير موت المدبر. فأما لو ماتت المدبرة قبل موته أو بعده، فإنما الثلث ثلث ما بقي بعد المدبرة، ويعطى منه أهل التسمية. فإن بقي بعد ذلك شيء فهو لصاحب باقي الثلث.

قال مالك : الموصي بعبد لفلان أو بحريته وبوصايا لقوم للآخر بباقي الثلث فمات العبد قبل سيده أو بعده أو هلك بعض الموصى لهم، قبل الموصي؛ فإن الوصايا في ثلث ما بقي بعد العبد. فإن بقي شيء رجعت، فقومت للعبد وأضفته / إلى المال ثم عرفت الثلث، فبدأت فيه بالعبد، ثم بالوصايا. فإن بقي شيء كان لصاحب باقي الثلث، وإلا فلا شيء له. ولو لم يوص بباقي الثلث كانت الوصايا في ثلث ما بقي بعد العبد فيخرج أو ما حمل منها.

9/16 ط

قال ابن القاسم عن مالك : قال : يعيري في السبيل وباقي ثلثي لابن عمي .
فيهلك البعير قبل التقويم؛ فإنه يحسب قيمة البعير فيخرج من الثلث، فما بقي من
الثلث فلا بن عمه .

ومن المجموعة، قال ابن كنانة : إذا أوصى بعتق ثلث عبده وبوصايا وباقي
الثلث فلا يحتاج إلى تقويم العبد في هذا .

ومن العتبية⁽¹⁾ قال عيسى عن ابن القاسم : إذا أوصى لفلان بعشرة ولفلان
بباقي الثلث فمات الموصى له بالعشرة، فإنه يحاص بها؛ مات الموصى له قبل
الموصى أو بعده علم بموته أو لم يعلم كما لو أوصى بعتق فمات العبد، لخصوص
به صاحب باقي الثلث .

وفي آخر الكتاب : في العبد يوصى بشرائه للعتق وبوصايا فيموت ذلك
العبد .

فيمن أوصى لرجل بخدمة أو سكنى دار ولآخر بباقي الثلث أو بمال أو دار فضاق الثلث وقد بدأ الخدم

من كتاب ابن المواز والمجموعة عن أشهب : ومن أوصى لرجل بخدمة عبده
حياته، ولآخر بباقي الثلث، والثلث لا يحمل العبد، فليختر الورثة في أن يجيزوا
ذلك، وإلا قطعوا للمخدم بثلث الميت بتلا وتبطل / الوصية بباقي الثلث،
وكذلك لو أوصى بعتق العبد بعد سنة ولآخر بباقي الثلث، فإن لم يجيزوا أعتق
محمل الثلث من العبد، فإن لم يوص بباقي الثلث مع ذلك، ولكن قال : لفلان
من ثلثي كذا وكذا ديناراً ؛ قال في كتاب ابن المواز : أو هذه الدار بعينها أو
عبد؛ قال في الكتابين : ويدؤوا المخدم، فليبدل المخدم إن كان العبد هو الثلث . ثم

(1) البيان والتحصيل، 13 : 86 .

يُخَيَّرُ الْوَرِثَةُ فِي إِجَازَةِ الْوَصِيَّةِ لِلْآخِرِ، وَفِي إِسْلَامِ مَرْجِعِ الْعَبْدِ؛ أَيِ ذَلِكَ شَأْوًا. فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ خَيَّرَ الْوَرِثَةُ فِي تَنْفِيذِ مَا أَوْصَى بِهِ مِنَ الْخِدْمَةِ وَيَقْضُونَ لِلْمَوْصَى لَهُ مَا أَوْصَى لَهُ بِهِ أَوْ يُعْطُونَهُ (1) مَرْجِعَ مَا حَمَلَ الثَّلَاثُ مِنَ الْعَبْدِ مِنَ الْخِدْمَةِ: - يَرِيدُ: فِي جَمِيعِهِ - وَفِي أَنْ يَقْطَعُوا لِلْعَبْدِ لِلْمَخْدَمِ بِالثَّلَاثِ مِنْ جَمِيعِ مَا تَرَكَ الْمَيِّتَ وَتَسْقُطُ وَصِيَّةُ الْآخِرِ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ بَدَأَ عَلَيْهِ غَيْرُهُ.

وَمِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَازِ وَالْعَتَبِيَّةِ (2) مِنْ رَوَايَةِ عَيْسَى عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ، قَالَ مَالِكٌ: وَإِذَا قَالَ: عَبْدِي حَبَسَ عَلَى فُلَانٍ وَإِذَا انْقَرَضَ فَهُوَ رَدٌّ عَلَى وَرَثَتِي وَمَا بَقِيَ مِنْ ثَلَاثِي لِفُلَانٍ وَالْعَبْدُ هُوَ الثَّلَاثُ. قَالَ فَلَا شَيْءَ لِلْمَوْصَى لَهُ بِبَاقِي الثَّلَاثِ، حَتَّى يَرْجِعَ الْعَبْدَ، فَيَكُونُ لِمَالِكٍ بَاقِي الثَّلَاثِ.

زَادَ فِي الْعَتَبِيَّةِ (3): وَكَذَلِكَ سَكَنَى الدَّارَ. وَزَادَ: وَلَوْ كَانَ حَبَسَ ذَلِكَ عَلَى وَارِثِهِ فَلَمْ يَجْزِهِ بَاقِي الْوَرِثَةُ فَلْيَحْبِسِ الْعَبْدَ عَلَى جَمِيعِهِمْ فَإِذَا انْقَرَضَ الْوَارِثُ، فَهُوَ رَدٌّ عَلَى الْوَرِثَةِ، وَلَيْسَ لِمَالِكٍ بَقِيَّةُ الثَّلَاثِ شَيْءً.

بَاب

/ فَيَمِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِجُزْءٍ مِنْ مَالِهِ
وَلِآخَرِينَ بِأَجْزَاءٍ مُتَّفَقَةٍ أَوْ مُخْتَلِفَةٍ أَوْ بِمَالٍ مُسَمًّى
وَكَيْفَ إِنْ أَجَازَ الْوَرِثَةُ لِبَعْضِهِمْ؟

10/16 ط

مِنْ الْمَجْمُوعَةِ عَنْ أَشْهَبَ وَذَكَرَ عَلِيٌّ عَنْ مَالِكٍ نَحْوَهُ فَيَمِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِثُلْثِ مَالِهِ وَلِآخَرٍ بِالنِّصْفِ فَلْيَقْسِمِ الثَّلَاثُ بَيْنَهُمَا عَلَى خَمْسَةٍ إِنْ لَمْ يَجْزِ الْوَرِثَةُ. قَالَ ابْنُ الْمَوَازِ: وَكَذَلِكَ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ.

(1) فِي الْأَصْلِ، وَيَقْضُوا لِلْمَوْصَى لَهُ... أَوْ يُعْطَوْهُ بِحَذْفِ نُونِ الرَّفْعِ.

(2) الْبَيَانُ وَالتَّحْصِيلُ، 13 : 144.

(3) الْبَيَانُ وَالتَّحْصِيلُ، 13 : 144.

ومن المجموعة، فإن قيل : إنه قد أوصى لصاحب النصف بسدس لا يجوز؟
قيل له : وقد أوصى لصاحب الثلث بما لا يجوز حين أوصى معه لغيره فإن أجاز
الورثة لصاحب النصف وحده أخذ النصف وأخذ الآخر خمس الثلث. وإن
أجازوا لصاحب الثلث وحده أخذه، وأخذ الآخر ثلاثة أخماس الثلث.

قال أشهب في كتاب ابن المواز : يتحصان فما أصاب الذي أجازوا له
أكملوا له من مواريتهم. قال محمد : وإن لم يجز له إلا بعضهم، نظر إلى خروجها
بغير إجازة فما وقع لمن لم يجزه أخذه وينظر إلى خروجها على أنهم أجازوا، فما وقع
للمجيز أخذه. وما فضل عن حظهم، فللموصى له.

قال ابن القاسم : فإن أوصى لرجل بماله وآخر بنصفه وآخر بسدسه وآخر
بمال مُسمّى، تحاصوا في الثلث أصحاب الأجزاء مع التسمية. وعليه أدركت
الناس.

قال سحنون : لأنه قد انتقص كل واحد بما أدخل عليه من صاحبيه. ولو
أوصى بماله لرجل وآخر بعشرة دنانير وماله ستائة دينار وعليه دين خمسمائة
دينار، فمضى، فليحاصاً / في ثلث ما بقي؛ هذا بستائة، وهذا بعشرة، وليس
مجاوزته لجميع المال بالتسمية يحيل الحصص بالتسمية.

قال ابن وهب عن مالك : ومن أوصى لهذا بعشرة ولهذا بعشرين والثلث
عشرة بينهما على الثلث والثلثين.

قال أشهب : وإن أوصى بثلثه لرجل ثم أوصى بثلثه لآخر فليس برجوع،
ويكون بينهما نصفين. ولو أوصى لهذا بثلث عبد آخر كان كذلك.

ومن كتاب ابن المواز : ومن أوصى لرجل بماله وآخر بثلثه فالثلث بينهما
على أربعة. ولو كان أوصى لرجل بثلاثيه وآخر بثلثه كان الثلث بينهما على ثلاثة.
ولو أوصى بماله لهذا ثم أوصى به لهذا ؛ كان الثلث بينهما نصفين ولم يعد رجوعاً.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى أبو زيد عن ابن القاسم فيمن أوصى بثلثه لثلاثة رجال
ولآخر بماله كله ؛ فالثلث بينهما على اثني عشر سهما ؛ لصاحب الجميع تسعة،
وللثلاثة سهم بينهم.

فيمن أوصى لرجل بمال ولآخر بعبد أو دار
كيف الفعل في ضيق الثلث ؟ وكيف إن أجاز الورثة ؟
وكيف إن لم يوص إلا بالأعتاق ولا يحملها الثلث ؟

من المجموعة، قال علي عن مالك فيمن أوصى لرجل بعبد ولآخر بثلث ماله
فليتقاولا فإن كان الثلث مثل قيمة العبد فالثلث بينهما شطران؛ فيأخذ هذا في
العبد نصفه، والآخر شريك للورثة بالخمسة.

قال أشهب : ومن قال : إن كان العبد السدس وقد أوصى للآخر بالسدس ؛
يكون له سدس الخمسة الأسداس ويكون سدس العبد بينه وبين الآخر لأنه
أوصى لهما جميعاً بسدسه / فقد أخطأ، وإنما يؤخذ في الوصايا بما يرى أن الميت
أراد، كما قال عمر : من وهب هبة يرى أنها للثواب ولو قلت هذا، لقلت : إن
وصيته بالسدس رجوع في سدس العبد عن الأول - يريد : ولا يكون رجوعاً عن
شيء من العبد - قال أشهب : وإن كان العبد هو الثلث، وقد أوصى لآخر
بالسدس ؛ فالموصى له بالعبد ثلثا الثلث في العبد والآخر شريك للورثة بالسبع وما
بقي من العبد وغيره، ولو كان العبد السدس، وقد أوصى بالثلث ؛ فلكل واحد
ثلثا وصيته على هذا التفسير.

قال سحنون : فإن أجاز الورثة، كان العبد للموصى له به والثلث كاملاً
للموصى له به ولا يُحمّل على أنه أدخل الموصى له بالثلث على صاحب العبد ولا
يكون رجوعاً عن العبد أيضاً.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 327.

وروى يحيى بن يحيى في العتبية⁽¹⁾ عن ابن القاسم قال : إن أجازوا، فليس عليهم تسليمُ العبد مع جميع الثلث، ولكن يسلمون⁽²⁾ العبد وثلث ما بقي، فيُقَسَّم ثلثا العبد بينهما؛ لأنه أوصى لهما به فيأخذ الموصى له بالثلث سدسُ العبد وثلث ما بقي سوى العبد ويأخذ الآخر بقية العبد. وهو الذي أنكر أشهبُ وابن المواز.

ومن كتاب ابن المواز : ومن أوصى لرجل بعبد ولآخر بسدس ماله، وقيمة العبد مائة دينار، وترك خمسمائة دينار عينا. قال : يأخذ الموصى له بالعبد جميع العبد، والآخر مائة دينار. وذكر أصبغُ عن ابن القاسم خلاف هذا؛ وذلك : أن يأخذ الموصى له بالعبد / خمسة أسداسه، وللآخر سدسُ العبد ويكون سدسُ العبد بينهما. ولم يُعْجَبْنَا هذا ؛ لأنَّ الوصايا إنما تُؤخَذُ بمعنى مقاصدِ الموصي لا باللفظ. وذكرَ مثل ما تقدم عن أشهب.

ومن العتبية⁽³⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن أوصى لرجل بدارٍ ولآخر بعبدٍ ولآخر بحائِطٍ، فضاقت الثلث، ولم يجزِ الورثة؛ وقال : يتحصَّون في الثلث بقيمة ما سَمَّى لكل واحد، فما وقع لكل واحد أخذه فيما أوصيَ له به بعينه. ولو أوصى معهم لرجل بمائة دينار، لقطع لهم بالثلث في جميع ماله، ولم يأخذوا وصاياهم فيما سَمَّى لهم خاصة؛ لأنَّ الوصايا قد حالت. ولابد من بيع ذلك أو بعضه لسبب الغير.

ومن المجموعة قال ابن القاسم : إذا أوصى لرجل بعبدٍ وهو أكثر من الثلث فلم يُجْزِ الورثة؛ قد اختلف فيه قولُ مالكٍ؛ فقال : يُجْمَعُ له الثلث في العبد. وقال : يكون له الثلث من جميع المال إن لم يُجْزِ الورثة. واختار ابن القاسم أن يُجْمَعُ له في العبد، ويكون له الثلث من جميع المال إن لم يُجْزِ الورثة إن كان المال حاضراً. فإن كان له ديونُ فله الثلث من كل شيء إن لم يُجْزِ الورثة. وكذلك لو أوصى له بشيءٍ غائبٍ، فلا يُقَطَّعُ له في ذلك الغائب، ولكن في كل شيءٍ.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 327.

(2) في الأصل، ولكن يسلموا بحذف نون الرفع وكثيرا ما يقع ذلك داخل الكتاب.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 206.

وكذلك في كتاب ابن المواز، وذكر رواية ابن القاسم وأشهب القولين عن مالك.

ومن المجموعة ذكر في الموصى لهم بوصايا لا تحمل الحاضر من ماله وله مال غائب فذكر تخيير الورثة وخلع الثلث من الغائب / والحاضر في هذا وشبهه. 12/16 ظ
قال : وقال عبد الملك : وإذا خلع الثلث لهم، فقد اختلف في أحدهم؛ في أعيان ما أوصى لهم به؛ من دارٍ أو عبدٍ أو عَرَضٍ؛ فقال مالك : يأخذ كل واحد ما أصابه فيما أوصى له فيه بعينه كلهم. وقال غيره : يكونون شركاء في جميع التَّرك. وقال عبد الملك، وابن كنانة. وروى ابن القاسم، وأشهب القولين، عن مالك، واختارا أن يأخذ كل واحد ما أوصى له فيه بعينه. قالوا : كلهم. وإن مات العبد المعتق قبل خلع الثلث، بطلت وصية صاحبه. قال أشهب : فذلك قلت : يأخذ في الشيء بعينه ؛ لأنه كان في ضمانه.

قال علي عن مالك فيمن أوصى له بعبد وعشرين ديناراً وله أموال عريضة، فقال الورثة : لا يجب أن تُخْلَصَ له العبد. فليس لهم ذلك إلا فيما لا يسعه ثلثه أو يشكل ذلك الجملة، فيُخَيَّرُونَ بين الإجازة أو القطع بثلث جميع مال الميت.
قال ابن وهب، عن مالك : إذا أوصى لفلان بكذا، ولفلان بكذا، حتى جاوز الثلث، فإما أجاز الورثة، أو قطعوا لهم بالثلث. وقاله عنه ابن القاسم : إن لم يكن فيما ترك من العين ما يخرج ذلك من ثلثه تُخَيَّرُ الورثة بين الإجازة أو القطع بالثلث.

قال عبد الملك : إذا استأثر عليهم بالعين، وأبقى العَرَضَ والدين، فلهم الخيار في خلع الثلث. قيل : فقد أُجِيزَ للميت أن يأخذ في وصيته ما أراد بقيمته. قال : ليس كاستئثاره بالعين، وقد كانت الوصايا على عهد النبي - عليه السلام - والخلفاء / بالعروض والعقار فيما يُدْعَى فيه هذا وأنفذ إذا حمله الثلث بقيمة عدلٍ والعين لا يُقَوَّمُ فيكون هذا فيه.

وبعد هذا باب في خلع الثلث إذا كان له مال غائب.

وأما إن لم يكن له مَالٌ غائبٌ وكان عيناً لا يفني بالوصايا، وعروضاً ثباً، فقد اختلف فيه، وقد بيناه في باب خلع الثلث؛ بعد هذا.

وممَّا ذكر ابن عبدوس - وأراه لعبد الملك، أو للمغيرة - إذا أوصى لرجل بعبد لا يحمله الثلث؛ فقال الرجل: إنا نؤدِّي بقيةً ثمنه إلى الورثة، ويكون لي. وقال الورثة: نحن نعطيك قيمة حَقِّك فيه؛ ويبقى لنا. فليس ذلك للجميع، والعبد يبقى بينهم يتقاوونه ويبيعونه.

ذكر ما يكون فيه خلع الثلث ممَّن يوصي بعتي
أو بجزءٍ من ماله أو بأشياء بأعيانها أو بعتي
ولا يحمل ثلث ما حضر وله مَالٌ غائب
أو عروضٌ أو دينٌ

من المجموعة ونحوه من كتاب ابن المواز قال ابن القاسم وأشهب فيمن أوصى لرجل بثلث ماله، وآخر بربعه، وآخر بسدسه، وله مَالٌ حاضرٌ وغائبٌ؛ فإن لم يُجزِ الورثة، تحاصَّ الموصى لهم، في ثلث الحاضر والغائب - يريد: وليس في هذا خلع الثلث، لأنه مما يساوون⁽¹⁾ فيه؛ هم والورثة قال أشهب: فأما لو أوصى لهذا بعبد بعينه، ولهذا بفرس بعينه، وهما حاضران؛ فإن خرجا من ثلث ما حضر مضى ذلك، وإلا أنفذَ منهما ما يخرج من الحاضر. فإن كان جميع الحاضر ثلاثمائة، والعبد منه، والفرس؛ فإن أنفذَ نصفَ / العبد لهذا، ونصفَ الفرس لهذا، وتخير الورثة في نصفهما أن يُنفذوا ذلك أو يقطعوا للرجلين بثلث الغائب فيتحصَّان فيه.

قال ابن المواز: وقد قيل: هذا إن حمل ثلث الحاضر، يأخذانه في الأعيان، ويأخذان ثلث الغائب في كل شيء إذا أُلِيَ الورثة. ونحن نستحسن أن يُخَيَّرَ

(1) في الأصل، مما يساووا فيه بحذف نون الرفع.

الورثة ؛ فإما أنفذوا الوصية كما أوصى، أو قطعوا لهما بثلث الميت، في حاضرٍ وغائب ؛ في كل شيءٍ منه.

وقال أشهب : ومن أوصى لرجل بعشرة دنانير، لم يخلف عيناً غيرها وله عروضٌ وسوارٌ، ورقيقٌ ودوابٌ - يريد : حاضرة - قال : تُدْفَعُ إليه العشرة وإن كره الورثة سواءً أوصى بعشرة بعينها أو قال : عشرة ؛ هكذا. ولو لم يخلف من العين إلا خمسة لأخذها، وبِيعَ له بخمسة. قيل : فيأخذ له من ساعته ؟ قال : نعم ؛ إلا أن يكون ضرراً، فيؤخرُ اليومين والثلاثة.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن أوصى لرجل بعشرة دنانير، ولم يتركْ إلا مالا غائباً أو ديوناً فأراد الموصى له تعجلها، وقال الورثة : حتى نتقاضى ونعطيك. فليخبر الورثة ؛ فإما عجلوها له أو قطعوا له فيتعاطى لنفسه ويتنظر ما غاب.

ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم فيمن أوصى بعدة دنانير مسماة بثلاً لا تخرج مما خرج وله مال غائب فليخبر الورثة ؛ فإما عجلوا له ذلك أو قطعوا له بثلث الحاضر والغائب والعرض وغيره.

قال أصبغ فيه وفي العتبية⁽²⁾ : سواءً أوصى بدنانير بعينها أو بغير عينها إذا لم يُخرج / ممّا حضر ؛ فهو سواءً عند أصحابنا، في قول مالك وأصحابه. وأنا أتبعهم فيه، وأرى في الاستحسان ؛ إن كانت دنانير بعينها، أوصى بها، ولا يحملها الثلث ويأبى الورثة، فليعط الثلث من كل شيء - يريد : على أحد قولَي مالك - وأخذ ابن القاسم بقوله الآخر أن يأخذ مجمل الثلث، فأرى ذلك إمّا فعلوا ذلك أو قطعوا له بالثلث من كل شيء.

14/16 و

(1) البيان والتحصيل، 13 : 209.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 268.

قال أصبغ : فأما بدنانير غير معينة، فهي جائزة في المال، وكثيره فيه،
ويأخذ من كل ما حضر، من ثلثه، ومن ثلث كل ما يَنْصُ من تقاضٍ أو يَبِيع
حتى يَنْم ما أوصى له به ولا يكون له ثلث كل شيء.

قال ابن المواز : ولا يعجبنا قوله، ولا أعجب أحداً من أصحابنا. والصواب
قول مالك، وابن القاسم، وأشهب. وتفسير قول مالك في الموصى له بمائة، ولم
يَقُل : مُعَجَّلَةً. على أنها على التعجيل أبداً، حتى يتبين أنها غير ذلك. ولو كان له
مال حاضر يباع منه بالمائة، إلا أن ثلث ما حضر لا يفي بها، وله مال غائب،
وَذَيْنٌ. ولم يحضر ما يمكن بيعه لذلك.

يقول أصبغ : يؤخذ من ثلث كل شيء مما حضر، ثم كلما نصَّ شيء أخذ
ثلثه إلى مبلغ المائة، لا يعتدل لأن المولى أراد تعجيل المائة، فلم يُنْفَذْ له ذلك، ولا
اِثْتَرَعَ له من الورثة ثلثه، فصار للورثة أكثر من الثلثين، ولا يجتمع للورثة هذا. وهذا
ما أنفذوا وصية الميت على قوله. والآخر حاز من ثلث المائة كله، ما عِلِمَ منه وما
لم يُعْلَمَ إلى الموصى له. وإن لم تكن لهم حُجَّةُ أَنْفَذَ عليهم ذلك، وإن كَرِهُوا.

14/16 ط

وقال ابن القاسم فيمن أوصى بدنانير، / وترك عروضاً، وليس له مال
غائب : إنه لا يخرسها هنا وُثْبَاعُ عروضه ويُعطى المائة من ثلثها. وإذا أوصى له
بعبد بعينه فلا يُعَجَّلُ له حتى يجتمع المال. وإذا كانت عروض الميت حاضرة يمكن
بيعها وفيها ما تُخْرِجُ الوصية من ثلثها بدأت الوصية، ولم أنتظر البيع.

قال ابن المواز : إذا كان ماله عروضاً أو حيواناً أو طعاماً، وذلك حاضر
فهو كالعين الحاضر لا تحيّر فيه؛ بخلاف الدين والمال الغائب. ولتُعَجَّلُ وصية
الميت إن أوصى بشيء. فإذا ترك مائة عيناً، وقد أوصى بمائة وباقي التركة عروض
وحيوان حاضر فلا يُنْتَظَرُ بيع ذلك وليأخذ الموصى له المائة إن حملها الثلث.

قال ابن القاسم : وكذلك إن أوصى له بدنانير والتركة كلها عروض حاضرة،
فليس عليهم خلع الثلث، إن لم يصبر حتى تُبَاعَ العروض ويُعطى. وكذلك لو

أوصى له بعبد ولم يُعَجَّلْ له حتى يعرفَ الورثة بحميل المال بالقيمة. محمد : ليعرفَ خُرُوجُهُ من الثلث.

ومن المجموعة قال عبد الملك : وإذا أوصى بعشرة دنانير بعينها لم يدع عيناً غيرها، وله أموال كثيرة، منها البعید غيبته والأصل البطر يبعه، والدین الميث، وإما دفعوا العشرة وإلا قطعوا له بالثلث من الجميع. وقد أعتق النبي - عليه السلام - ثلث العبيد الذين أعتق الميث جميعهم، فمَنع بعضهم العتق والميت قد أشاعه فيهم⁽¹⁾.

قال : وعلى هذا جماعة أهل المدينة. واحتجَّ غيره في غير المجموعة بما وافقنا عليه المخالف / من جنابة العبد ما يَقلُّ أرثُهُ، فإني سيده أن يفديه ويُسلِّمُهُ فيسلم كثيراً في قليل إذا أبى أن يفديه. فكذلك على الورثة للميت في إنفاذ وصيته أو إسلام تركته.

قال ابن حبيب : قال مالك وابن الماجشون فيمن أوصى لرجل بعشرين ومائة دينار وليس له حاضر إلا مائة دينار، وله مال غائب؛ فإنه يُخَيَّرُ الورثة؛ فأما أعطوه المائة الحاضرة وأتموا له من الغائب باقي وصيته وإلا قطعوا له بثلث جميع التركة من حاضر وغائب.

ومن العتبية⁽²⁾ قال أصبغ عن ابن القاسم فيمن لم يترك إلا ثلاثة أدوار، وأوصى بخمسة دنانير لرجل فأبى الورثة أن يعطوها له؛ فلا بد أن يعطوه ذلك، ويقطعوا له بثلث الميت؛ قيل : ولا يبيع السلطان من دوره بخمسة دنانير ؟ قال : لا. وقاله مالك، فيه وفي المال الغائب والعين. وقال عنه عيسى، وذكره عنه ابن المواز، وابن عبدوس، وابن حبيب، عن أصبغ عنه.

(1) انظر : الموطأ كتاب العتق باب من أعتق رقيقاً لا يملك غيرهم.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 297.

وإن كان له زرعٌ أخضرٌ أو ثمرةٌ صغيرة، وأوصى بوصايا يضيقُ عنها ثلثه، وترك رقيقاً، وأوصى بوصايا، فإن كانت الوصايا بمال، فليُباع الرقيق، ولا توقف، ويُعطى لأهل الوصايا ثلث ما نضَّ. فإذا حان⁽¹⁾ بيعُ الزرع والثمر، يبيع فأخذوا ثلث الثمن، وأما إن كان في الوصايا عتقٌ وأوصى ببعض الرقيق لأحدٍ فلا يُباع من بقية وصيه منهم، ويوقفون. وإذا حلَّ بيعُ الزرع يبيع، ولا يُقسَّم من المال شيء؛ لا ثلث ولا غيره حتى يُباعَ الزرع، إلا أن يجيز الورثة ذلك فيقتسمون بقية المال ويبقى لهم الزرع.

ولو أوصى بعتق جميع الرقيق لم يُعتق منهم أحدٌ حتى يحلَّ / بيعُ الزرع فيباع ويُعتق منهم محمِلُ الثلث.

قال العنبيُّ : وروى مثله أصبغ. قال أصبغ : إلا أن يطول أمرُ الزرع فيكون أول ما بذره، ويتأخَّرَ الأشهرَ الكثيرة، وفي ذلك عنثُ الحيوان، والضررُ على العبد، فليُعتق منهم محمِلُ ما حضر، ويُرجأُ الزرع، وبلي هذا باب في الوصية بالعتق وله مآلٌ غائبٌ.

فيمن أوصى بعتقٍ أو ترك مُدبراً
وله مآلٌ حاضرٌ لا يُخرجُ من ثلثه
وله مآلٌ غائبٌ أو دينٌ مُؤجلٌ يُخرجُ منه،
وكيف إن كان عليه دينٌ ؟

من كتاب ابن المواز والمجموعة، روى أشهب عن مالكٍ إذا أوصى بعتق عبده وله مآلٌ حاضرٌ وغائبٌ ولا يُخرجُ من ثلث الحاضر؛ فإنه يوقف العبد لاجتماع المال فيقوم إذا اجتمع ويُعتق. وقاله ابن القاسم.

(1) في الأصل، فإذا حاز.

وهذا فيما يُقْبَضُ إلى أشهر يسيرة، أو عرض يُباع. وأما ما يبعُدُ جداً وتبعُدُ غيبته فليُعَجَّلِ العتقُ في ثلث ما حضر، ثم إذا قُبِضَ ما بقي أُتِمَّ فيه.

قال ابن المواز : وقال أشهبُ : بل للعبد أن يُعَجَّلَ منه عتقُ ثلث الحاضر حتى لو لم يحضر غيره لُعَجِّلَ عتقُ ثلثه ويوقَفَ باقيه، فكلما حضر شيء من الغائب زيد فيه عتقُ ثلث ذلك حتى يَتِمَّ أو يُوَاسَّ من مال الغائب. قال : ولا أرى أن يوقَفَ جميعُ العبد لاجتماع المال، وإن كان قد قاله لي مالكٌ.

ومن المجموعة وقال سحنون : إنما يُعَجَّلُ منه ثلث ما حضر إذا كان في ذلك ضررٌ على الموصي والموصى له فيما يشتدُّ مطلبه ويعسرُ جمعه فَيُعَجَّلُ / عتق ما حضر. ولم يأخذ بقول أشهب ؛ أنه يُعَجَّلُ منه عتق ما حمل ثلث الحاضر ويوقَفَ باقيه، فكلما نَصَّ من الغائب شيء زيد فيه عتق.

قال سحنون : لو كان هذا، لأخذ الميثُ أكثر من ثلثه؛ لأنه استوفى ثلث الحاضر وصار باقي العبد موقوفاً عن الورثة. وقال عبد الملك : يُسْتَأْنَى، ويجمع ما يقدرُ عليه ؛ فأما ما يعسرُ مطلبه، ويشتدُّ جمعه⁽¹⁾ ؛ فليُعَجَّلِ العتقُ في ثلث ما حضر، ثم ما جاء أخرج فيه ثلثه.

قال ابن المواز : إن كان المال الغائب غير بعيد، وكان مجيئه قريباً انتظر به كما ينتظر بالميراث. وإن كان بعيداً مثل الأشهر الكثيرة والسنة فأكثر؛ نُفِذَ ثلث الحاضر وأُنْفِذَ الميراث. وكذلك لو يُسَسَّ من الغائب، ولو كان مع ذلك وصايا؛ تُخَيَّرُ الورثة في إنفاذ الوصايا أو القطع بثلث الحاضر والغائب فأبدئ العتق فيما حضر. وفيما بقي فلاهل الوصايا. وأما إن أوصى بعتي وجميع ماله في عروض حاضرة، أو دور حاضرة أو غائبة، والرقيق يُخَرِّجون من ثلث ذلك لو بيع، لُعَجِّلَ عتقهم. وكذلك روى أشهب، عن مالك إن أوصى بعتي وله دور، فطلب الورثة التأخير حتى تباغ الدور فليس لهم ذلك، ويُعَجَّلَ عتق العبد إذا حمله الثلث.

(1) في الأصل، ويشبه وجهه واقتضى سياق الكلام أن يعرض ذلك بما أثبتناه.

قال ابن حبيب : قال أصبغ، فيمن أعتق عبده في وصيته وعليه دينٌ محيطٌ بالعبد وليس له غيره، وله مالٌ غائبٌ يُخْرَجُ من ثلثه بعد الدين، وإن كان الدينُ ببلد بعيد مثل مصرَ من الأندلس يبيع العبدُ في الدين. فإذا قدم المالُ رُدَّ البيعُ، وأُعتِقَ / في ثلثه أو ممَّا حُمِلَ منه ثلثه بعد الدين. وإن كان قريباً لا يضُرُّ الغريمُ أُخِرَ العتقُ حتى يقبضَ الغريمُ دينه.

قال ابن القاسم في المجموعة : ومن ترك مُدْبِراً - يريد : ليس له مالٌ حاضرٌ غيره - وله دينٌ مُؤَجَّلٌ إلى عشرين سنة ونحوها فإنه لا يوقَفُ ويُبيعُ ذلك من الدين بما يجوز بيعه ويُعتَقُ في ثلثه. فإن كان المديانُ غائباً بعيداً، مثل مصرَ من الأندلس، كَتِبَ فيه، ووُكِّلَ عليه، وأوقِفَ المُدْبِرُ، فإذا يقبض إن حلَّ، أو يُباعُ المؤجلُ هناك، ممَّنْ معه بالبلد، وأما إن يُسَّ من الدين، أو عُدمَ الغريمُ، أو طالت الغيبةُ منه، فليُعتَقَ ثلثُ ما حضر، ويُرقَّ ما بقي منه. ثم إن جاء شيءٌ من الدين، زيدَ فيه من ثلثه إن كان بأيدي الورثة.

قال غيره : وإن كان باعوه، لرُدِّ حتى يُعتَقَ في ذلك، أو بعضه، ويُعطى المشتري من ذلك الدين ثمن ذلك. وإن لم يُعتَقَ كلُّه، لم يكن له رَدُّ ما رُقَّ منه إلى الورثة.

وقال المغيرة : الموصى بعتقه، فلا يحمل الثلثُ عتقَ نصفه، فيعتَقُ الورثةُ باقيه ويصيرُ حُرّاً كله، ثم ظهر للميت مالٌ يخرج فيه بعد أن مات العبدُ، فالمالُ الطارئُ للورثة، وليس عليهم أن يجعلوه في رقبة. وإن كان لو كان حاضراً، لُعتِقَ فيه العبدُ. وقد تقدَّم في الباب الذي هذا عقيقه مسألةٌ من هذا، هي آخر ذلك الباب. وفي باب بعد هذا، في الوصية بالعلَّةِ شيءٌ من معنى هذا الباب.

فيمن أوصى بخدمة عبده أجلاً أو حياة فلان

ثم هو لفلان أو راجع إلى ورثته

أو قال : هو لفلان بعد سنة

أو أوصى أن تُكرَى دأره من فلان وأوصى بالوصية /

17/16 و

من كتاب ابن المواز، وغيره، قال مالك وأصحابه : ومن أوصى بخدمة عبده، أو سكنى داره، أو غلة حائطه عُمرى، أو أجلاً، ولم يَبَيِّل الرقبة. فإن حمل الثلث الرقبة جاز ذلك. وإن لم يحملها حُيِّرَ الورثة بين الإجازة أو القطع له بثلاث الميت كله. قال محمد : لأنَّ لو وقفنا مُحْمِلَ الثلث منه فقطعنا منه ذلك إلى الورثة ؛ فلا وصية الميت نفدت، ولا استوعبنا له ثلثه. وإن أوقفنا أكثر ظلمنا الورثة، فلابدَّ لمن لم يرضوا من خلع الثلث الذي لا يدفع عنه الميت فيكون لأهل الوصايا.

وكذلك لو قال : عبدي لفلان، بعد سنة. أو قال : يخدم فلاناً سنة ثم هو لفلان. وهذا في كل ما يرجع إلى الورثة منه عاقبة نفع. وأما ما يوصي ثابتاً له بعينه فلم يحمله الثلث، فيقطع فيه بعينه بمحْمِلِ الثلث إن لم يجيزوا. وهو الذي رجع إليه مالك بعد أن قال : يأخذ الثلث من كل شيء. وهذا قد تقدم.

وإذا كان في الوصية مع هذه المعينات وصية بخدمة عبد أجلاً، أو عمراً أو قال : هو لفلان بعد سنة. ولم يجيزوا، وضاق الثلث، فسلم الورثة الثلث، فيلتحاصوا أهل الوصايا، فيضرب أصحاب المعينات بقيمة الأعيان. فما وقع لهم أخذوه فيها، ويضرب من له خدمة بقيمة الخدمة، ومن له مرجع رقبة بعد سنة بقيمة مرجعها على ضررها فما صار لهما كانا به شريكين للورثة في جميع التركة.

17/16 ظ

وبه قال أشهب، وأصبغ، وابن المواز. وقال ابن القاسم : إذا صار مع الأعيان / وصايا في غير أعيان من خدمة ونحوها، وخلع الثلث ؛ تحاصوا، وشارك الورثة أهل الأعيان وغيرهم في جميع التركة. ولا يأخذ أهل الأعيان في أعيانهم. وأنكره أصبغ. وأما الموصي بعلّة حائطه للمساكين فهو كالتملك لأنه على التأييد، فهذا يكون

للمساكين مآلهم في رقبة الولد، كمن أوصى له بالأعيان. وقد ذكرت لك هذا في باب بعد هذا.

قال ابن القاسم : ولو مات المُعَيَّن من عبد أو دابة قبل خلع الثلث، فكأنه لم يكن، ولا يدخل الموصى له مع من بقي من أهل الوصايا في ثلث ما بقي، ولا أن يموت بعد أن قُطِعَ لهم بالثلث، وسَلِمَ إليهم، فضمائه منهم أجمع كالشركاء. ويتحاصون فيما بقي، وكذلك لو تَلَفَ شيء آخر مما أُسْلِمَ إليهم. وقاله أصبغ.

قال محمد : وهذا من قول أصبغ كسر للقول الذي خالف فيه ابن القاسم - يريك : في الدنانير المعينة - وقد تقدّم ذكره.

قال ابن القاسم : هذا إن كان مع المعينات وصايا مبهمة من عتق ورقاب وخدمة. فأما إن كانت كلها معينة، فما مات فمن صاحبه؛ لأنه إنما يُضْرَبُ له فيه بعينه في الحصاص.

قال ابن القاسم، وأشهب : ولو قال : عبدي يخدم فلاناً سنة ثم هو لفلان، لم يكن فيه تخيير على الورثة؛ لأنه بعينه لا يرجع. فما حمل منه الثلث بُدِّيَ فيه صاحب الخدمة. وكذلك إن كان معه وصايا، وإنه يحاصِرُ بقيمة رقبته، فإن وقع له نصفه بُدِّيَ فيه المُخْدَمُ بخدمة ذلك النصف أجلاً، أو عمراً ثم عاد إلى صاحب / الرقبة. ولو مرض أو أبق حتى تمت المدة أخذ النصف صاحبه وتبطل الخدمة.

قال ابن القاسم في المجموعة : وللورثة نصيبهم منه. قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز : وما وقع لمن أوصى له بمال أو بخدمة فهو شريك للورثة في جميع التركة. وإن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة، ثم برقبته لآخر، وخدمة عبد آخر لرجل سنة. وجميع التركة تبلغ ستين ديناراً، بقيمة العبدین ثلاثون، ولم يُجَزِ الورثة، فليضرب في الثلث صاحب مرجع الرقبة بقيمة رقبته، فما صار له فيها بُدِّيَ عليه فيه صاحب الخدمة بخدمته، ويُحَاصُّ الآخر بقيمة الخدمة، فما صار له كان شريكاً به للورثة. وإن أوصى لرجل بخدمة عبده سنة ولم يحمله الثلث، فقال

الورثة : نحن ندفع ما حمل الثلث منه، يخدمه الموصى له ثلاث سنين، ليستوعب وصيته. فليس ذلك لهم ؛ أرايت لو كان يرجع إلى حرية، أُوْتَحَرُّ ؟ وإن أوصى لرجل بخدمة عبده ثم أوصى بعد ذلك لرجل بعته؛ فالعلة والخدمة سواء، فإن حمله الثلث اختدماه، أو استعملاه بالسوية. وإن لم يحمله ؛ فإما أجاز الورثة، أو قطعوا لهما بثلث التركة، ولو أوصى بخدمته لرجل كان له أن يستعمله.

ومن كتاب ابن عبدوس، قال أشهب : وإذا أوصى أن عبده لفلان بعد سنة، ولا يحمله الثلث، فإما أجاز الورثة وإلا نطقوا له بثلث الميت من كل شيء. قال ابن وهب عن مالك : ومن أوصى أن يخدم عبده فلاناً حياته ولم يترك غيره؛ فإما أجاز الورثة أو قطعوا له بثلث العبد بثلاً.

قال ابن الماجشون : / ومن أوصى لرجل بخدمة عبده حياته، ثم بخدمته من بعده لآخر حياته ولآخر بمائة دينار، ولم يترك غير العبد فليتحاصوا صاحباً الخدمة بالتعمير وصاحبُ المائة بالمائة، فإن كان تعمير العبد أو تعمير المؤخر أقل من تعمير الأول أو مثله فلا حقّ للثاني إذا كان تعمير العبد أقل من تعمير الأول لم يُبالِ بعمر الثاني؛ كان أقل أو أطول. فإنما يتحصص صاحبُ المائة، مع الأول وحده، فيضرب الأول بالأقل من عمره، أو عمر العبد. وإن كان تعمير العبد، أطول من الأول، ويبقى منه ما يدرك الثاني، ضرب الأول بتعميره، والثاني بعده بالأقصى من عُمره وعمر العبد. وإذا كان عمر العبد أطول منهما لم يضرب الثاني إلا ببقية عمره بعد الأول.

وإذا قال : ثم هو بعد الخدمة حرّ، تحاصوا في عمله. وإن قال : يخدم فلاناً حياته عشر سنين، ولفلانٍ مائة دينارٍ. فإن كان عمر العبد مثل عمر الأول فأقل، ضربَ الأول وحده بأقلهما. وإن كان أكثر من الأول ضربَ الأول بعمره وضربَ الثاني بالأقل من عشر السنين ومن بقية عمر العبد بعد الأول. ولو بدأ بصاحب الستين، فإن كان عمرُ العبد أطول منهما، ضربَ ذو الستين بسنّيه، والباقي ببقية عمره بعد الستين. وإن كان عُمرُ العبد يأتي على الستين وبعض عمر الثاني،

ضُرِبَ الأولُ بسِنِيهِ، والباقي ببقيةِ عمر العبد. ولو كان عمرُ العبدَ قَدَرَ السنتين، فأقلُّ، ضُرِبَ ذو السنتين بالأقلِّ منها أو من عُمرِ العبدِ وذو المائة بمائة وسقط الثاني.

19/16 و

ولو قال : يَخْدُمُ عبدُ اللهَ حياته، / ويَخْدُمُ خالدًا عشرةَ من بعد زَيْدٍ، ولا وصيةَ لزيدٍ فليَنْظُرْ، فإن كان عمرُ العبدِ أقلَّ من عمرِ زَيْدٍ فلا حقَّ لخالدٍ. وإن كان أكثر من عمر الثلاثة، ضرب عبد الله بعمره كله، والورثة لأنفسهم ببقية عمر زيد بعد عبد الله وخالد، بباقي عمره بعد الرجلين، وصاحب المائة بمائة. وإن كان عمر العبد تأخر عن عبد الله⁽¹⁾ وزيد وبعض عمر خالد لم يضرب خالد إلا بما يبقى من عمره بعد الأولين إلى مبلغ عمر العبد. وإن كان عمره أقلَّ من عمر زيد ضرب عبد الله بعمره، والورثة بما بلغ العبدُ من عمر زيد ورُدَّ المائة بهما، وإن كان عمر العبد مثل عمر عبد الله فأقلُّ؛ لم يضرب إلا عبد الله وصاحب المائة.

قال أشهب : وإن أوصى ؛ أن عبيدي يخدم فلاناً سنةً ثم هو لفلان بعد سنتين، فإن حملة الثلث خدَمَ الأول سنةً ثم الورثة سنةً ثم أخذه الآخر. وإن كان العبد قدر ثلثي الميت، فلا أجعل نصفه يخدم هذا سنة والورثة سنة ثم يأخذه الآخر، فيكون الميت لم يُسْتَوْفَ ثلثه ولا وصيته، ولكن يتحصَّان في الثلث؛ هذا بقيمة خدمته سنةً، وهذا بقيمة مرجع الرقبة على غررها، فيكونان شركاء للورثة بما أصابهما في جميع التركة.

قال ابن القاسم : ومن أخدم عبده رجلاً حياته ثم مرض فأوصى لرجل بمرجه وبوصايا لغيره وضاق الثلث، فليتحاصَّ فيه؛ هذا بمرجع الرقبة على غرره، والموصى لهم بوصاياهم ثم هم شركاء للورثة في جميع التركة.

وقال ابن كنانة : إذا خُلِيعَ الثلثُ نظرتُ إلى قيمة العبد؛ لأن على مرجعه يُحَاصُّ / به في الثلث، فأخذ قدر مرجعه، فإذا رجع العبد كان من أهل

19/16 ظ

(1) في الأصل، سقطت عن من هذه الجملة.

الوصايا. إن كان ابن كنانة يعني أن قيمة مرجعه ضُمَّ، إلى التركة إذا حالت الوصايا، فكذلك يكون مرجعه بين الورثة وأهل الوصايا. وإن أراد أن يُضَمَّ إلى التركة ثم يُقَرَّبَ مرجعه لأهل الوصايا يُحَسَّبُ عليهم، فليس عليهم ذلك؛ لأن الوصايا حالت وصاروا شركاء للورثة في جميع التركة.

ومن كتاب ابن المواز : وَمَنْ أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ حَيَّاهُ رَجُلًا، وَأَوْصَى بِوَصَايَا لغيره، ولم يَدْعُ غيرَ العبد، فأجاز الورثة الوصية بالخدمة، فليُصَغَّرَ ثلثُ العبد، فيُحَاصَرُ في ثمنه أهل الوصايا، وصاحبُ الخدمة بالتعمير، فما صار له أخذه بَتَلًا، ثم يستخدم ثلثي العبد حَيَّاهُ، ثم يرجع إلى الورثة. وقاله أصبغُ ؛ انظر بَكَمَ يحاصِرُ، أبا الخدمة من كلِّها ؟ أم بثلث الخدمة ؟ لأن ثلثي الخدمة حصل له كاملاً. وإن أوصى ؛ أن يخدمَ عبده فلاناً، ولم يُوَقِّتْ حَيَّاهُ، ولا أجلاً، وبرقبته لفلانٍ، ولم يقل : من بعده. فقال ابن القاسم : يتحصَّان ؛ هذا بقيمة خدمته حَيَّاهُ، وهذا بقيمة مرجع رقبته.

وقال أشهب : يُبَدَأُ بِالْمُخْدَمِ، فيخدمُه حَيَّاهُ، ثم تكون رقبته للآخر. وإن لم يُخَرِّجْ، فما خُرِّجَ منه على هذا المعنى.

قال ابن المواز : وهذا الصوابُ في أصل مالكٍ. وقد قاله ابن القاسم، فيمن أوصى لرجل بخدمة عبده حَيَّاهُ ولا آخرَ برقبته وبوصايا ؛ أنهما يُحَاصَرَانِ بقيمة الرقبة، ثم يبدأ صاحب الخدمة.

قال ابن عبدوس : قال ابن القاسم، وأشهد : ومن أوصى، أن يُكْرِيَ داراً من رجلين سنين مُسَمَّاةً بكذا. فإن حملها / الثلث : أنْفَذَ ما قال، وإلا خَيْرَ الورثة في إنفاذ ذلك، وإلا قطعوا له بثلث جميع تركته بَتَلًا.

فيمن أوصى في ثلاثة أعيد له برقابهم لرجل،
أو بأحدهم وبخدمة أحدهم لرجل آخر،
وبوصايا غير ذلك

من كتاب ابن المواز، المجموعة، قال أشهب، فिमّن لم يترك إلا ثلاثة أعيد ؛ قيمّتهم سواء، فأوصى برقة أحدهم لرجل، وبخدمة الآخر لرجل حيّاه. قال : يتحصّان في ثلثهم ؛ يضرب المُخدّم بقيمة مخدّمته أقلّ العمرين على غررها، غير مضمونة إن مات أحدهما قبل ما جُعِلَ له من التعمير ؛ فما صار له كان به شريكاً للورثة. ويُخاصّ الآخر بقيمة الرقة، فما صار له أخذه في العبد بعينه.

قال : والورثة مخيرون فيما صار لصاحب الخدمة في الحصاص بين أن يكون شريكاً للورثة، ويُخاصّ الآخر بقيمة الرقة، فما صار له أخذه في العبد بعينه.

قال : والورثة مخيرون فيما صار لصاحب الخدمة في الحصاص لهم، وبين أن يُسلموا إليه العبد؛ يخدمه إلى أجله. وهذا التخيير للورثة إن شاءت بدأت به قبل الحصاص أو بعده. وكذلك لو أوصى مع ذلك بالثلث، والثلث ثلاثون، والعبد الموصى له قيمّته ثلاثون، وقيمة الخدمة خمسة عشر ؛ فالثلث بينهم على خمسة، والمال كلّ خمسة عشر جزءاً؛ فلصاحب العبد جزءان، ولصاحب الخدمة جزء، ويُسهم لصاحب العبد بأحدهما في العبد فيصير له خمساه / ويبقى ثلاثة عشر جزءاً من التركة في عبدَيْن وثلاثة أخماس عبيد ؛ للورثة عشرة، ولصاحب الثلث جزءان، ولصاحب الخدمة جزء. وهم في الجميع شركاء.

ولو أوصى برقابهم لرجل، وبخدمة أحدهم لرجل حيّاه، فأثلاثهم لصاحب الرقاب ؛ يبدأ منهم صاحب الخدمة بخدمة ثلث الذي فيه الخدمة، فإذا مات رجع إلى صاحب الرقاب. ولو حملهم الثلث فعجّل صاحب الرقاب اثنين منهما، ويُدَيّ المُخدّم بالثلث بخدمة، فإذا مات رجع إلى الآخر.

ولو لم يملك غيرهم، فأوصى بثلث كلّ عبد منهم بتلاً، ولآخر بثلث واحد بعينه بتلاً؛ قال : فلكل واحد ثلاثة أرباع وصيته فيصير للموصى له بثلث كل

عبد والموصى له بثلث العبد ربع ذلك العبد، ويصير نصفه للورثة مع ثلاثة أرباع الآخرين.

ولو أوصى لرجل بثلثهم، ولآخر بخدمة جميع أحدهم - يريد : حياته - فليُحاصَّ الموصى له بالخدمة بقيمة ثلثي خدمة ذلك العبد كله على حدة، وبقيمة ثلث رقبته على حدة، ويُحاصَّ الآخر بقيمة ثلث رقبة الباقيين ؛ فما وقع له منهما، كان له بتلاً، وما وقع للمُخدَّم بثلثي الخدمة، كان به شريكاً للورثة في بقية التركة. وما وقع له بثلث رقبته، بُدِّئَ فيه بالخدمة، فإذا مات رجع ذلك الثلث إلى الموصى له به، فإن شئتَ حاصَصْتَ لصاحب الرقاب بأثلاثهم، فما وقع له من ثلث المُخدَّم بُدِّئَ فيه صاحبُ الخدمة.

ولو أوصى لرجل بخدمة واحدٍ منهم، ولآخر بثلث ماله، كان الجواب سواءً، إن لم يَدْعَ غيرهم.

قال محمد : وأحب إليَّ إذا أوصى / له بالثلث، ولم يذكر العبيد، أن يُحاصَّ 21/16 هو بالثلث، ثم يُحاصَّهم هو صاحب الخدمة. قال : ويُخَيَّرُ الورثة في جميع هذه المسائل، وإمَّا أسلموه، وإمَّا أخذوه، وسلموا له الخدمة.

فيمن أوصى بخدمة عبده أجلاً أو عُمرى ثم هو حرٌّ

وأوصى مع ذلك بوصايا

أو أوصى بعقِّ عبده بعد كتابة وأوصى بوصايا

من المجموعة قال ابن القاسم في الموصي بخدمة عبده سنةً لرجل ثم هو حرٌّ ولم يترك غيره. وإن لم يُجَزَّ الورثة أعتق ثلثه وزالت الخدمة. وقال أكثر الرواة : قال أشهب : وكنتُ أقول : يُخدَّم ثلثه فلاناً سنةً ثم هو حرٌّ إذ كانت الخدمة مُبدَّأةً في عتقه كله، وكذلك في عتق ثلثه، ثم رأيتُ أن يُبدَأَ العتق على الخدمة، لما حالت وصية الميت. وكان مالكٌ يقول القول الأول، ثم رجع إلى هذا، وقاله ابن كنانة.

وفال أشهب : وإن شاء الورثة أن يميزوا عتقه كله إلى الأجل، ويكون للمُخدّم من خدمته قدرُ مَحْمِلِ الثلث من رقيقه، فذلك لهم.

وإذا أوصى أن يُكاتبَ عبده بكذا، وأوصى لرجل بمائة، والعبد هو الثلث، فالكتابةُ مُبدّاةٌ كالعتق، ثم نظرنا فلم يبق من الثلث غيرُ مالها، فيقالُ للورثة : إما أدّيتم المائة للموصى له ثمنا ولكم الكتابة، وإما يعجز فيرقّ لكم، أو يُعتق وولّاه للميت. وإلا فسَلّموها لصاحب الميت.

21/16 ظ ولو أوصى رجل أن يُؤخَذَ من عبده كذا ويُعتق فلم يحمله الثلث / فإما أجازوا ذلك، وإلا عتقوا منه ثلث الميت بتلاً. وقاله عليّ عن مالك. وكذلك روى ابن القاسم وأشهب عن مالك ؛ إذا أوصى أن يُكاتبَ بكذا. وذكر مسألة ابن القاسم عن مالك؛ إذا أوصى بعتق عبده بعد سنة وأوصى بوصايا وقيمتُه أكثر من الثلث، فإما أجازوا وإلا عُتقَ منه بتلاً مَحْمِلِ الثلث وزالت الوصايا.

قال سحنون : ولا أعلمُ في هذا اختلافاً بين الرواة.

قال أشهب، فيه وفي الموصي؛ أن يُكاتبَ ولا يحمله الثلث، فإن أجازوا ما قال الميت في العبد من ذلك، قيل لهم : فأنعم مُخَيَّرُونَ أيضاً بين أن تدفعوا ما أوصى به الميت من مال ويبقى لكم ما بقي في العبد من خدمة أو كتابة. وإلا فأسلموا من الخدمة أو الكتابة إلى الموصى له بالمائة قدر مَحْمِلِ الثلث من رقبته.

قال في كتاب ابن المواز : فإن عَجَزَ المكاتبُ كان لهم ذلك.

وقال أشهب، في المجموعة : حرٌّ إذا أَبَقَ. أما قال في الخدمة أو الكتابة؛ عَجَلَ زَمْنُهُ عتقَ مَحْمِلِ الثلث، وبطلت الوصايا. وإن كان العبد أقل من الثلث أعتق إلى الأجل ثم خُيِّرَ الورثة بين إجازة الوصية بالمائة أو إسلام باقي الثلث مع الخدمة أو الكتابة. وذكر مسألة ابن القاسم في الموصي بعتق عبده بعد خدمة لرجل ومائة دينار لرجل آخر. والعبدُ هو الثلث؛ فذكر تبديّة العتق إلى الأجل، ومحاصّة صاحب المائة وصاحب الخدمة في الخدمة.

قال أشهب : وثَقُومُ الخدمة غير مضمونة، فلا مرجوع فيها بشيء إن مات العبدُ في غِد. وكذلك لو أوصى / أن يُكَاتِبَ عبده، وأوصى بالكتابة لرجل، ولرجل 22/16 آخر بمائة دينار، والعبدُ هو الثلث فثَبَدًا الكتابة، ثم يتحصَّصُ فيها صاحب المائة وصاحب الثلث، فما وقع لصاحب الثلث خَيْرُ الورثة، فإن شاءوا أخذوه ودفعوا إليه مائة وإلا نركوه، ما وقع لهم. قال ابن القاسم وأشهب : وإن كان العبد أقل من الثلث قدَّم العتق ويُحصَّصُ صاحب الخدمة بقيمتها وأهل الوصايا بوصاياهم في بقية الثلث وفي الخدمة، فيأخذ أهل الوصايا ما صار لهم في التركة وفي الخدمة، ويأخذ أهل الخدمة ما صار لهم في الخدمة، ولو كان أهل الوصايا أوصى لهم في شيء بعينه أخذوا فيه ما نابهم.

قال ابن القاسم : يضربُ المُخْدَمُ بقيمة الخدمة في الخدمة وفي بقية الثلث، ولا يُجمَعُ له حَقُّه في الخدمة. وإن كان العبد أكثر من الثلث أُعْتِقَ منه مَحْمِلُ الثلث، وسقطت الوصايا.

ومن كتاب ابن المواز قال أصبغ : ولو قال : هو حُرٌّ بعد سنة - ولم يوصى بخدمته - ولفلان مائة دينار؛ والعبد هو الثلث، أُعْتِقَ إلى الأجل، ولم يبق من الثلث غير الخدمة، فإذا أخذها الورثة وأعطوا للموصى له بالمائة الدينار مائة دينار، وإلا أسلموا إليه الخدمة.

وإن لم يحملهُ الثلث، خُيِّرُوا بين إبتالِ مَحْمِلِ الثلث منه وتبطلُ الوصية. وإلا اعتقوه إلى الأجل وسلموا خدمة ما حمل الثلث من رقبته إلى صاحب المائة أو يعطونه المائة ويأخذون⁽¹⁾ تلك الخدمة. ولو كان مع المائة وصايا، كانوا شركاء في تلك الحصة من الخدمة إن لم / يُعْطِهِمُ الورثة وصاياهم.

22/16 ظ

وإذا أوصى لرجل بخدمة عبده حياته ثم هو حُرٌّ، ولآخر بثلاث ماله؛ والعبد قدرُ الثلث، فليُبدَأَ العتق إلى مدته، وتبقى الخدمة في بقية الثلث يتحصَّصُ فيها صاحب الثلث بمبلغه، والمُخْدَمُ بقيمة الخدمة، فتكون الخدمة أو إجارته - إن

(1) في الأصل، أو يعطوه المائة ويأخذوا تلك الخدمة بإسقاط نون الرفع في الفعلين بغير موجب لذلك.

كان يُؤَجَرُ - بينهما بقدر ذلك. فإن مات العبدُ عن مالٍ قبل المُخَدَّم فماله لأهل الوصايا دون المُخَدَّم ودون الورثة ؛ لأن وصية المُخَدَّم في عينٍ قد ذهبت.

وإن لم يحمله الثلث، تُخَيَّرُوا بين أن يعتقوه إلى حياة المُخَدَّم ويُسَلِّمُوا إلى الموصي له قدر خدمة ما يخرج من الثلث من رقبة العبد، فيتحصَّان في خدمة ذلك الجزء على ما وصفنا. فإن أَبَوَا، أعتقوا منه بتلاً مَحْمِلَ الثلث، وتبطل الوصايا. وكذلك في الخدمة إلى أجل مُسَمًّى، وبوصية مائة دينار، فإن كان العبد مع عشرة دنانير هو الثلث، أخذ العشرة الموصى له بالمائة، وهي عُشْرُ وصيته، فُيُعْطَى أيضاً لصاحب الخدمة عُشْرُ الخدمة، ثم يتحصَّان في تسعة أعشارها بقدر ما بقي لكل واحد من وصيته. فإن كانت قيمة الخدمة عشرة دنانير، فقد صار عُشْرُها للمُخَدَّم، ويتحصَّان في تسعة أعشارها على أحد عشر جزءاً ؛ عشرة أجزاء لصاحب المائة، وجزءٌ لصاحب الخدمة. ولو كانا في الثلث خمسين، أخذها صاحب المائة في نصف وصيته، وأخذ صاحب الخدمة نصفها، ثم يتحصَّان في نصفها بما بقي لهما. فإن كان قيمة الخدمة كلها خمسين، / تحاصفاً في نصفها على الثلث والثلثين. وإنما تقوم الخدمة على أقل العمرين على غررها أبلغها أو لا يبلغ، فلا عهدة في ذلك ولا رجعة. قال أصبغ : فيأخذ صاحب الخدمة فيها، ويُخَيَّرُ الورثة فيما ناب صاحب المائة أن يَفْقِدُوهُ منه ببقية المائة، أو يدعوا ما أصابه من الخدمة.

قال ابن مُيَسَّر : واختلف إذا انكشف الأمر على خلاف ذلك التفسير ؛ فقال أشهب : يُؤْمَرُ الخدمة. قال ابن مُيَسَّر : يُؤْتَنَفُ الحِصَاصُ مرة أخرى. وقال ابن القاسم : لا يُرَدُّ ذلك لحكم مضي. قال أصبغ : ومن أوصى بخدمة نصف عبده لرجل حياته، ثم هو حُرٌّ مع نصفه الآخر، فلم يحلِ الثلث إلا نصفه، فليُعْجَلْ عتق نصفه، وتسقط الخدمة ؛ لا تبالي أي نصف عَجَلَتْ.

وكذلك لو قال : يَخْدُمُ كُلَّهُ حياته، ثم هو حُرٌّ، فلم يُحْمَلْ غير نصفه، لَعُجِّلَ عتق نصفه إذا لم يُجَزِ الورثة.

وَتَكَذِّبُكَ لَوْ أَوْصَى أَنْ يَخْدُمَ عَبْدُهُ فَلَانًا حَيَاتَهُ ثُمَّ نَصَفَهُ حُرًّا، فَلَمْ يَسْعَ الثَّلَاثُ إِلَّا تَلْكَئِهِ⁽¹⁾ قَالَ : فَنَصَفَهُ حُرًّا إِلَى الْأَجْلِ، وَيَقَى مِنَ الثَّلَاثِ سَدَسُ رَقَبَتِهِ، وَخِدْمَةُ مَحْمَلِ الثَّلَاثِ مِنْهُ، فَيُخَيَّرُ الْوَرِثَةُ بَيْنَ أَنْ يَدْعُوا جَمِيعَ الْعَبْدِ يَخْدُمُ إِلَى الْمُدَّةِ ثُمَّ يُعْتَقَ نَصَفُهُ. وَإِلَّا قَطَعُوا لِلْمُخْدَمِ بَقِيَّةَ الثَّلَاثِ بَعْدَ نَصْفِ الْعَبْدِ؛ لِأَنَّ نَصَفَهُ قَدْ أَحَاطَ بِهِ الْعَتَقُ وَهُوَ يَخْتَدِمُهُ. وَبَقِيَّةُ الثَّلَاثِ هُوَ تُسَعُّ مَا يَبْقَى لِلْمَيِّتِ بَعْدَ نَصْفِ الْعَبْدِ وَغَيْرِهِ، وَهُوَ قَدْرُ سَدَسِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ.

وَمِنَ الْعَتَبِيَّةِ⁽²⁾ رَوَى أَبُو زَيْدٍ عَنْ ابْنِ الْقَاسِمِ فَيَمَنْ أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ لِرَجُلٍ سَنَةً ثُمَّ هُوَ حُرٌّ، وَعَبْدُهُ الْآخَرُ بَعْدَ سَنَةٍ / وَلَمْ يَحْمِلْهُمَا⁽³⁾ الثَّلَاثُ ؛ قَالَ يَتَحَاصَّنَانِ، وَلَا يُبَدِّلُ أَحَدُهُمَا.

وَإِنْ قَالَ : عَبْدِي مَيِّمُونَ يَخْدُمُ فَلَانًا سَنَتَيْنِ ثُمَّ هُوَ حُرٌّ. ثُمَّ قَالَ فِي الْعَبْدِ بَعِينِهِ : يَخْدُمُ فَلَانًا آخَرَ سَنَةً. قَالَ يَتَحَاصَّنَانِ فِي خِدْمَةِ السَّنَيْنِ عَلَى الثَّلَاثِ لَذِي السَّنَةِ، وَالثَّلَاثَيْنِ لِلْآخَرِ وَلَوْ بَدَأَ بِالسَّنَةِ، ثُمَّ هُوَ حُرٌّ لَتَحَاصَّنَا فِي السَّنَةِ ثُمَّ أُعْتِقَ إِلَيْهَا.

**فَيَمَنْ أَوْصَى بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ لِابْنِهِ أَمْدًا ثُمَّ هُوَ حُرٌّ
وَأَوْصَى مَعَ ذَلِكَ بِوَصَايَا هَلْ يُؤَاجَرُ؟
وَكَيْفَ إِنْ مَاتَ الْإِبْنُ قَبْلَ الْأَجْلِ؟ أَوْ كَانَ أَجْنَبِيًّا فَمَاتَ؟**

مِنْ كِتَابِ ابْنِ الْمَوَازِ رَوَى ابْنُ وَهْبٍ عَنْ مَالِكٍ فَيَمَنْ أَوْصَى أَنْ يَخْدُمَ ابْنَهُ عَشْرَ سَنَيْنِ ثُمَّ هُوَ حُرٌّ، وَلَمْ يَتْرِكْ غَيْرَهُ وَلَمْ يُجْزِ الْوَرِثَةُ، فَإِنْ ثَلَاثُهُ يَخْدُمُ جَمِيعَ الْوَرِثَةِ عَشْرَ سَنَيْنِ - يَرِيدُ : عَلَى الْمَوَارِيثِ - ثُمَّ يُعْتَقُ ثَلَاثُهُ. فَأَيُّ ذَلِكَ ابْنُ الْقَاسِمِ وَأَشْهَبُ.

(1) فِي الْأَصْلِ، فَلَمْ يَسْعَ الثَّلَاثُ إِلَّا ثَلَاثًا بِالْأَلْفِ عَوْضَ الْيَاءِ.

(2) الْبَيَانُ وَالتَّحْصِيلُ، 13 : 324.

(3) فِي الْأَصْلِ، وَلَمْ يَحْمِلْهُمُ الثَّلَاثُ.

وإن قال : أمتي تخدمُ ابني حتى يُفطَمَ ثم هي حرّة. فأجاز ذلك الورثة، ثم مات الصبي قبل وقت الفطام. قال : للورثة أن يستخدموها؟ قال : لا. قال أشهب، فيه وفي المجموعة : مَنْ أخدم عبده أو أمته ابنه أو ذا قرابة أو أجنبياً؛ فإن كان على وجه الحضانة، والاختلاف فيه إلى الكتاب والدخول والخروج - يريد : مسألة أدبه - أصبغ : إن لم يُجزِ الورثة، وقالوا : نُعتقُ ثلثه بتلاً، وتبطل. قال أشهب : وقد رجع عنه مالك. فليس له أن يُؤاجرَه إلا في مثل ذلك من الحضانة والاختلاف.

محمد : إن وُجدَ له مثل ذلك، وإن كان العبد ممن يصلح للغلة والتجارات فله أن يستعمله فيما شاء مما يَقْوَى عليه ويؤاجرَه ممن شاء. وإن كان / الموصى له ممن لا يحتاج إلى حضانة، والعبد حاضرٌ أو غائب، فله أن يؤاجرَه فيما شاء، ويخدمه فيما شاء.

ومن المجموعة، قال ابن القاسم، وأشهب : وإن أوصى أن يخدم عبده فلاناً سنةً ثم هو حرٌّ ثم مات وفلانٌ غائب، فليؤاجرَ للغائب، إن خرج من الثلث حتى تتمَّ السنة، فيعتق. وإن قصِدَ به الحضانة والكفالة لم يؤاجرَ، وليكاتب الرجل. فإن تمت السنة ولم يقدم أعتق كما لو أبقَ فيها.

قال أشهب : توقّف الإجارة للغائب، فإن ظهر أنه كان ميتاً يوم أوصى له بطلت وصيته. وإن كان حياً أخذها. وإن لم يُدرَ أحيى هو أو ميتٌ ؟ أوقف ذلك حتى يأتي عليه ما لا يعيش إلى مثله فيكون لورثة الموصى له، أو يأتي قبل ذلك بغير موته، ولا يُعلم مات قبل الموصى، أو بعده، فتردّ إلى ورثة الموصى، والعبد بتمام السنة حرٌّ كان فيها يؤاجرُ أو لم يؤاجرَ أو أبقَ أو مرض.

قال أشهب : وإن أوصى بخدمة عبده لابنه أو لأجنبي سنةً ثم هو حرٌّ، ولا مال له غيره، ولا وارث له غير ابنه، فليعتق ثلث العبد وتسقط الخدمة، وكأنه قال : نصف عبيد يخدم فلاناً سنةً ثم جميعه حرٌّ ولا مال له غيره - يريد : بخلاف لو كان وارثاً غيره - فتكون فيه الحصا.

قاله في كتاب ابن المواز : وَمَنْ ترك ابنين، وأوصى أن يخدم عبده أحدهما سنة ثم هو حرٌّ، ولم يدع غيره. فإن أجازا، وإلا عَجَلَ عتقُ ثلثه. وإن أجاز المُخْدَمُ وحده، عَجَلَ عتقُ نصيب الآخر، وهو السدس، واستحقَّ الثلث مكانه. ويخدم الآخر نصف العبد سنة ثم يعتق.

24/16 ظ

قال عليّ، عن مالك، / فيمن أوصى بنصف ماله لقوم، وأوصى لآخرين من النصف الباقي ؛ لفلان بكذا، ولفلان بكذا، وما يبقى فللورثة. ثم قال : وعبدي فلان يخدم ولدي عشر سنين ثم هو حرٌّ ؛ قال ذلك نسفاً، فليبدأ بالعتق في الثلث، فما فضل من الثلث فلأهل الوصايا وللولد؛ يتحصنون فيه بقدر وصاياهم، ويتحصنون كذلك في خدمة المعتق إلى أجل، ويضرب الولد في ذلك كله بقيمة الخدمة.

قال ابن القاسم : وإن أوصى ؛ أن أمته تخدم ابنه حتى يبلغ النكاح، ثم تُخَيَّرَ في العتق، فُتَعْتَقَ إن شاءت. وأوصى بوصايا، وضاق الثلث، فإنها تُخَيَّرُ الساعة، فإن اختارت العتق وحملها الثلث ؛ لا زيادة، أو ضاق عنها؛ عَتِقَتْ إن حملها أو ما حمل منها وسقطت الخدمة والوصايا. وإن كان الثلث أكثر من قيمتها، فإن أهل الوصايا والورثة يتحصنون في بقية الثلث وفي خدمة الجارية أهل الوصايا بوصاياهم، والورثة بقيمة الخدمة إلى مبلغ الولد النكاح. فإذا بلغت ذلك تُخَيَّرَتْ، فإن اختارت العتق عَتِقَتْ وسقط باقي الوصايا. وإن اختارت البيع بيعت، فأتم لأهل الوصايا وصاياهم. وما صار للورثة، فإن أجاز له الورثة؛ وإلا فهو بينهم على الموارث.

ومن كتاب ابن المواز : ومن أوصى في عبد له أن يخدم ابنه خمس سنين، وابنته سنتين ونصفاً، وهو بعد خمس سنين حرّاً. فإن يخرج من الثلث كان حرّاً إلى خمس سنين، ولا تكون الخدمة على ما قال، ولكن على الفرائض.

فيمَن أوصى لرجل بغلة داره أو سكنها /
أو بغلة نخله، ولآخر برقاب ذلك
وذكر النفقة على النخل وغيرها

من كتاب ابن المواز، وأراه لأشهب : ومن أوصى لرجل بغلة داره، ولآخر بسكنها، ولآخر برقبتها وهي الثلث، فالسكنى والغلة سواء، ويبدأن صاحب الغلة وصاحب السكنى. فإذا انقرضا رجعت إلى صاحب الرقبة والمسكن، أم يكرى وإن لم يحملها الثلث، فما حمل منها عمل فيه هكذا. وإن كانت الثلث فهدمها رجل قبل موت الموصي فعليه ما نقصها؛ يأخذه الموصي، ويورث عنه. وتبقى وصيته فيما بقي منها. ولو هدمها بعد موته أدّى ما نقصها فيلبي منه ما بلغ؛ كان أكثر مما كانت من الثلث أو أقل، ويكون لكل واحد من هذين أن يعمل، أو يسكن نصفها. فإذا انقرضا صارت إلى صاحب الرقبة. وكذلك في البستان؛ يوصي لهذا بغلته، ولهذا بتمرتة، ولآخر برقبتها على هذا. قال : وللمخدم أن يخدم، أو يكرى من غيره، كالمكتري، وليس له أن يخرج العبد إلى بلد آخر، إلا أن يعلم الموصي أنه ممن لا مقام له بالبلد. فإني أستحسن له أن يخرج به إلى بلده.

قال أشهب : وإن أوصى لرجل بغلة نخله، ولآخر برقابها، ولم يدرك، ولم يحمل، فنفتها ومؤنتها على الموصى له بالغلة، كمن حبس على رجل حائطا حياته، فنفتته على من له غلته لا على من حبسه، ولا على من له المرجع.

قال : وإن كانت النخل صغاراً لم تدرك، لم يجز هذا، ويرد كأنه بيع بخاطر أن عليك نفقتها حتى يدرك. فإن ميتاً أنت قبل ذلك رجعتة إليّ، فإن صحبت أنت إلى بلوغها فلك غلّتها / ما عشت فقد خاطره، وكذلك لو قال : أنفق على هذا المميز الصغير والطفل الرضيع، على مثل هذا لم يجز ورد.

قال أشهب : وإن أوصى فقال : داري حبس على فلان، ومرجعها إلى فلان، وعشرة دنائير - يريد : وضاق الثلث - لم يكن عليهم إلا قطع ما حمل الثلث من تلك الدار، فإن أوصى لغيرهما حاصهما في ذلك، فأما صاحب المرجع

فلا يُحصَّ بالعشرة - يريد : إن لم تكن وصية لغيره - وقال : لأن الميت استوعب ثلثه، ولم تحل وصيته في غير ما أوصى به.

قال ابن المواز : فيه من الحبس عليه حياته، ولا يكون لمن بعده إلا مرجع ذلك، وإنما لم يُحصَّ بالعشرة لأنه بُدئ عليه غيره، فلما لم يبق بعد التبدية ما يُوعب وصيته لم يكن له إلا ما بقي ؛ لأنه مبدأ عليه - إنما أراد : لا يُحصَّ صاحب العشرة - إذا لم تكن وصية لغيرهما.

ومنه ومن المجموعة لأشهب : ومن قال - يريد : في وصيته - : داري حبس على امرأتي حياتها، فإذا انقرضت فهي عشرة دنانير لفلان بتلا. أو قال فهي لفلان بتلا وعشرة دنانير ولم يدع غير الدار فذلك سواء، فإن لم يجز الورثة فليتحاصوا في هذا في ثلث الدار؛ يحاصُّ للمرأة بقيمة الدار بتلا ؛ لتبدأ هي بسكنى ما وقع لها من ذلك، ثم يدخل معها الورثة في تلك السكنى، إن شأوا، ويحصُّ لصاحب المرجع أيضا بقيمة عشرة دنانير فقط، على أن يؤخذ بعد موت المرأة، على الرجاء والخوف في تعمير المرأة. فما ناب العشرة تعجَّله الرجل في الدار وما ناب المرأة بدأت فيه، ودخل معها الورثة في سكناه / على الفرائض. فإذا ماتت رجع ذلك إلى صاحب المرجع، فصار له مع ما نابه للعشرة، ولو أجاز الورثة لبدئت هي عليه بسكنى الدار، فإذا ماتت أخذها، ولا يكون له غير الدار؛ لأنها بدئت عليه.

قال ابن المواز : وكذلك مسألة أشهب، في التي قبل هذه ؛ لاحتصاص لصاحب العشرة ؛ لأن المرأة بدئت عليه، فلم يُوصَّ له بشيء إلا بعدها. وكذلك لو قال : داري حبس عليها فإذا انقرضت، فهي لفلان. ولفلان آخر عشرة دنانير، ولم يحملها الثلث، فإنها تأخذ محل الثلث منها. فإذا ماتت رجع ذلك، فيحص في صاحب المرجع وصاحب العشرة ؛ هذا بقيمة الدار كلها يوم المرجع، وهذا بعشرة دنانير نقدا.

وذكر ابن عبدوس هذا المسألة من أولها لأشهب، إلا أنه ذكر عنه إن أجاز
الورثة الوصية كلها حاصاً في الدار الموصى له بعشرة؛ بقيمة مرجعها، فما نابه
أخذه في الدار بتلا، وذكر إذا لم يجز مثل ما ذكر عنه ابن المواز.

فيمن أوصى للمساكين بغلة حائطه، أو داره
أو بخدمة عبده هل منه تخيير للورثة ؟
وعلى من النفقة فيه ؟
وهل يضرب في أعيان ذلك في الحصاص ؟
وكيف إن أوصى لهم ببعض الغلة أو بعدة أوسق؟

من كتاب ابن المواز، والمجموعة، قال أشهب : ومن أوصى بغلة داره أو
جنانه للمساكين، أو في السبيل، أو في اليتامى والأرامل، فلا تخيير فيه إن لم يحمله
الثالث. ويكون ما حمل منها موقوفا تكون غلته فيما ذكر كالوصية بالرقبة؛
لا مرجع له / إلى الورثة برجاء. ولو كان على قوم بأعيانهم فلم يسعه الثالث، ولم
يجز الورثة، قطع لهم بتلا بثلاث التركة، إذ له مرجع إذا هلكوا.

26/16 ط

ومن كتاب ابن المواز، قال : ولو أوصى للمساكين بعدة أوسق من بستانه،
أو بدنانير من غلة داره - يريد: كل عام - فإن هذا يخير فيه الورثة ؛ فإما أجازوا،
أو قطعوا بالثلاث بتلا، بخلاف وصيته بالجميع لمن لا إقطاع له.

ومن كتاب ابن المواز، وهو في المجموعة لأشهب، وابن القاسم : ومن أوصى
بظهر دابته، أو بخدمة عبده، أو بسكنى داره للمساكين، فلينظر من جعل إليه
النظر فيه، فإن رأى أن يؤاجر ذلك ويقسمه في المساكين فعل، وإن رأى أن
يوقفه؛ فمن احتاج سكن أو ركب أو أخدم؛ فعل، كمن أوصى بعبد للمساكين،
فإن رأى ولي النظر فيه يبيعه وتفرقة ثمنه فعل، وإن رأى أن يدفعه برمته يصنعون به
ما شاؤوا ؛ فعل، وإن لم يحمله الثالث، فما حمل منه صنع فيه مثل هذا، ولا يخير
الورثة في هذا؛ لأن الميت استوعب ثلثه فقطعه عنهم للأبد - يريد : لأنه لما أبدى

للمساكين، فكأنه أوصى لهم بعينه، فلذلك يكون لهم في عينه ما وقع لهم فيه، ولا يكونون شركاء في جميع التركة، بما وقع لهم - كما تفعل فيما تجوز فيه وصية الميت. ممّا فيه مرجع إلى الورثة.

قال ابن المواز : وكذلك بغلة حائطه أو بشمرته لرجل عمره، وبرقبته لآخر. فإن خرج من الثلث، أو ما خرج منه في الحصاص، بدئ في صاحب الغلة، ثم صار ملكا لصاحب الرقبة. وسقيه وعلاجه وخراجه على صاحب الغلة ما كان بيده. / وكذلك لرجل بصوف غنمه، أو بلبنها. ولآخر برقابها؛ فنفقتها ومؤنتها على صاحب الغلة. وما كان عليها من صوف تأم يوم يموت الموصي، وما في ضرعها من لبن، وما في بطونها من ولد، وما بعد ذلك إلى مماته، ثم يكون لصاحب الرقبة. ومن أوصى له بخدمة عبد صغير، فنفقتة على الموصى له. فإن كرهه لصغره فليرده ولا يقبله.

قال ابن المواز : هذا على البتل، وأما على الحبس أو الخدمة فلا يجوز إن صغر جدا كالرضيع وشبهه؛ لا يجوز في هذا إلا البتل، فأما حبسا حياته أو أجلا فلا يجوز إن كان صغيرا لا يقوم بنفقتة.

فيمن أوصى لرجل بولد أمته أو غنمه وبرقبته لآخر
أو لم يوص بالرقبة وأوصى بالولد
أو أوصى بتمرة حائطه ولم يؤجل،
أو بزرع أو بغلة حائطه أو ثلثها للمساكين
أو أوصى برقاب نخل فأثمرت قبل موته

من كتاب ابن المواز، وأراه لأشهب : وإذا أوصى بولد أمته لرجل وبرقبته لآخر، فهو كذلك؛ لهذا ما تلد ما دام حيا، وعليه نفقتها، فإذا مات فرقبة الأمة للموصى له بالرقبة.

قال ابن المواز : وهذا إن لم تكن حاملا يوم أوصى. فإن كانت حاملا يومئذ فليس له إلا حملها ذلك فقط.

ومن العتبية، قال أصبغ، عن ابن وهب، فيمن قال : أوصيت لفلان بما ولدت جاريته هذه أبدا. فإن كانت يوم أوصى حاملا فهو له، وإن لم تكن يومئذ حاملا فلا شيء له. ولو حدث لها بعد ذلك حمل / لم يكن له فيه شيء، ولربها بيعها إن شاء.

27/16 ظ

ومن كتاب ابن المواز : ومن أوصى لرجل بما تدر غنمه، أو بصوفها ولبنها وبرقتها لآخر، فنفتها على صاحب الغلة، وله ما كان عليها من صوف تام يوم مات، وما في ضروعها من لبن، وما في بطونها من ولد، وما تلد بعد ذلك إلى مماتها. ثم هي لصاحب الرقاب.

ومن المجموعة، قال عبد الملك : وإذا أوصى بما في بطن أمته أو غنمه أو بتمرة نخله، وأوصى مع ذلك بوصايا؛ من حسن وقبح وبعض وتمام وصحة ومرض؛ فإن لم يضع حوصص بعشر قيمة الأمهات. قال : وقال بعض أصحابنا : إن الأمهات تباع ولا تنتظر، ولا يكون أسوأ حالا ممن يعتق بما في بطنها أن يموت فيباع في دينه. والأول أحب إليّ. وقال نحو ذلك في تمرة النخيل؛ ينظر كم نسق لرجل بيعها. وكذلك يخاصص في العبد الآبق يوصى به بقيمته على غرره، ولا أفتى في حمل الأمة والغنم وصية إلا أن تلد قبل موت الموصي.

قال مالك : ومن وهب ما في بطن أمته، منع من بيعها إلا أن يرهقه دين. قال ابن القاسم في الموصى له بزرع لم يبد صلاحه ؛ فليستأن به حتى يحل بيعه فيخاص به في المال؛ فما نابه أخذه في الزرع. وإن جيع الزرع بطلت وصيته.

قال أشهب : إن أوصى بما في بطن أمته، فإن حمل الأم الثلث حاملا، وقفت حتى تضع فيأخذها الموصى له، أو تعتق إن أوصى بعتقه. وإن كان معه وصايا، بدئ عليها برقة المعتق.

28/16 ومن كتاب ابن المواز، وهو لابن القاسم، فيه، وفي العتبية : ومن أوصى / فقال : لفلان ثمرة حائطي؛ لم يزد على هذا، ولم يذكر أي ثمرة، ولا كم من المدة. فإن كان فيها يوم الوصية ثمرة لم يكن له غيرها لسنته تلك. وإن لم يكن فيها يومئذ ثمرة؛ قال أصبغ : ولا حمل، قال ابن القاسم : فله ثمرة ذلك الحائط حياته. قال أصبغ : وكذلك سكنى الدار إذا حملها الثلث، يكون وقفا له.

ومن كتاب ابن المواز، والمجموعة، قال أشهب : وإن أوصى بثمرة في حائط، ولم يدع غيره؛ فإن أبرت قوم، وقوم الحائط. وإن خرجت من الثلث جاز، أو ما خرج منها. وإن لم تؤبر، لم يلزمه إيقاف الحائط كله حتى يؤبر أو يجذ، فإذا أجازوا وإلا قطعوا بثلث التركة كلها للموصى له. وإن أوصى له بثلث غلة حائطه أبدا، أو سنة؛ فإن حمل الثلث أنفذ ذلك، وإن لم يحمله خير الورثة في إمضاء ذلك أو القطع له بثلث التركة. فأما إن أوصى له بغلة ثلث حائطه فبخلاف الأول؛ هذا جائز لازم للورثة، كما لو أوصى له بغلة ثلث حائطه.

وأما قوله : ثلث غلة حائطي، فهذا إيقاف لجميع الحائط. والأول يصلح فيه القسم في وصيته بغلة ثلث الحائط، ولا يصلح في هذا. وللورثة بيع ثلثهم في الأول بغلة ثلثه، وليس لهم ذلك في هذا - يريد : وإن خرج من الثلث.

28/16 ظ قال سحنون، في المجموعة : إذا أوصى بغلة ثلث حمامه للمساكين، ثم أراد الورثة قسمته فليس ذلك لهم إن كان الحمام يخرج من الثلث، ويبقى موقوفا كله مثل ما لا ينقسم من العبيد والحيوان، / لأن الميت أولى من الورثة بثلثه من الورثة، وإن لم يحمله الثلث خير الورثة فيما أوقفوه كله وإلا قطعوا بثلث مال الميت للمساكين.

قال عبد الله : وإنما قال هذا سحنون في الحمام ؛ لأنه لا ينقسم، فلا بد أن يبقى جميعه موقوفا. ولو كان دارا يحملها القسم، لأفترق قوله بثلاث غلة داري من قوله : غلة ثلث داري، كما ذكر أشهب في الحائظ.

ومن كتاب ابن المواز؛ وهو لأشهب : وإذا أوصى بثمره التي فيه لرجل، وبغلته فيما يستقبل لآخر حياته. فإن خرج من الثلث فذلك جائز لهما؛ أبرت التمرة أو لم تؤبر، أو طابت. فإن لم يخرج من الثلث، أو لم يترك غيره نظرت ؛ فإن طابت التمرة أو أبرت قومت، وقومت الغلة حياة الآخر، فإن كانت قيمتهما سواء فلصاحب هذه التمرة نصف الثلث في تلك التمرة بعينها، وللآخر نصف الثلث ؛ يكون به شريكا للورثة في جميع التركة. وإن لم تؤبر التمرة كان ثلث التركة بينهما بتلا بقدر قيمة وصاياهما إن لم يجز الورثة.

ومن أوصى لرجل ببستان له، فأغزل قبل موت الموصي، فلا شيء له من الغلة. كذلك للموصى بربقتها تلد قبل موت الموصي. وإن مات والتمر مأكورة، فلا شيء له فيها إلا أن يموت قبل إثمارها فيكون للموصى له كالبيع. وأما الموصى له بغلة حائطه فهذا له التمرة ما لم تجذ؛ مات الموصي وهي مأبورة أو غير مأبورة.

وإذا أوصى للمساكين بعدة أوسق من بستانه فقد تقدم في باب آخر.

ومن المجموعة، قال علي، عن مالك : ومن أوصى / بأوسق من غلة حائطه كل سنة لرجل - يريد : فأنفذ ذلك - فليس للوارث ولا لغرمائه؛ إن لحق الوارث دين - بيع الحائط. والموصى له مبدأ. وفي الثالث باب في الوصية، بما في بطن أمته.

فيمن أوصى أن لفلان كل سنة كذا من غلة داره أو حائطه أو قال : من غلة كل سنة

من كتاب ابن المواز، وهو لمالك من سماع أشهب في العتبية⁽¹⁾ : ومن أوصى، فقال : لفلان من غلة داري دينار كل سنة، أو ثلاثة أصنوغ أو أكثر، فلم يحمل الثلث داره أو حائطه؛ فليخير الورثة، بين إنفاذ ذلك، أو قطع له بثلث التركة. وإن حملها فأوقفت لذلك، فبارت سنة ثم أغلت، فليؤخذ مما أغلت السنة، ويحجر به لما تقدم. ويحبس أيضا لما يخشى من بوارها، أو نقص غلتها عن الوصية، فيوقف بيد عدل، إلا أن تكون كثيرة جدا فلا يحبس منها إلا بقدر ما أوصى به من قلته وكثرته، وما يخاف في ذلك، ومن الحوائط ما لا يؤمن عليه، ومنها المأمون كأرض خبير؛ فلا يوقف في مثل هذا شيء.

ولو أوصى له بأصنوغ سماها، وبدنانير كل سنة من غلة حائطه، أو من كراء داره أو أرضه عشر سنين، فلم تغل في هذه السنين، أو أغلت ما قصر عما سمي، ثم أغلت بعد عشر السنين، فلا يستوفى مما أغلت بعد المدة عما نقص من الماضي.

وكذلك من سماع أشهب، قال في كتاب ابن المواز : ولو لم يؤقت سنين ومات الموصى له فلا يحجر مما أغلت بعد موته عما مضى من بوار أو نقص. وإذا لم يحملها الثلث في هذا، / خير الورثة كما ذكرنا؛ فإن أجازوا، فالجواب مثل ما ذكرنا، إذا حملهما الثلث. وإن أبوا قطعوا له بثلث التركة.

ولو قال : أعطوه من غلة كل سنة دينارا، لم يزد من سنة عن سنة، ولم يوقف شيء لخوف بوار.

ومن العتبية⁽²⁾ من سماع أشهب : وإذا أوصى لرجلين ؛ لكل واحد بعشرة دنانير من غلة حائطه حياته - يريد كل سنة - فلما كان عام أول، لم تبلغ غلتها وصيتهما ثم أغلت العام كثيرا ؛ قال : يؤخذ منه للعام ولما نقص من العام الأول.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 301.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 142.

فيمن أوصى لرجل بغلة نخله أو عبده
ولآخر بأوسق من التمرة، أو بدرهم من غلة العبد
وكيف إن أوصى مع ذلك بالثلث ؟

من كتاب ابن المواز، وهو في المجموعة لأشهب : ومن أوصى لرجل بثلثه،
ولآخر بدرهم كل شهر من غلة عبد له لم يدع غيره تحاصا؛ فيضرب صاحب
الثلث بثلث قيمة العبد، ويضرب الآخر بتعميره، فما بلغ ؛ حسب لكل شهر
درهم، فما أصابه، وقف له بيد عدل ينفق منه عليه. فإن مات قبل نفاذه، عاد
الباقى إلى صاحب الثلث. وإن فني وهو حي رجع على صاحب الثلث بما يرى أنه
يفي له من عمره لو حوصص له بذلك أولا.

قال عبد الله : قد اختلف في ائتناف الحصاص بعد التعمير إذا ظهر خلاف
ما مضى. وقد ذكرناه بعد هذا.

وإن أوصى أن يعطى فلان درهما من غلة داره كل شهر، فإن خرجت الدار
من الثلث / أنفذ ذلك، وإلا خير الورثة بين إنفاذ ما قال، أو القطع بثلث التركة
للموصى له بتلا. 30/16

وإن أوصى لرجل بخدمة عبده، ولآخر بدرهم من غلة ذلك العبد كل شهر،
والعبد هو الثلث ؛ فليبدأ صاحب الدرهم بدرهمه على صاحب الخدمة - كمن
أوصى بثلثه، ولآخر بمائة من ثلثه، فليبدأ صاحب المائة - فإن شاء المخدم أدى
كل شهر درهما وأخذ الخدمة. وإلا استؤجر العبد فبدئ بالدرهم من إجارته.
وكمن أوصى لرجل بتمرة حائطه، ولرجل بعشرة أصوع من كل سنة.
فالأصوع مبداة كل سنة، وما فضل فلآخر. ولو أصاب أقل من عشرة أصوع،
أنخر تمام العشرة من العام المقبل.

قال ابن المواز : إنما يؤدى من السنة المقبلة عما عجز في العام الأول إذا
أوصى أن يعطى كل سنة، أو في كل سنة عشرة أصوع من تمرة حائطه.

وأما قوله : من تمرة كل سنة فلا يؤدى من عام عما قبله.

فيمن أوصى بتمرة حائطه لنفر أو حبسه عليهم
وكيف إن سمي لبعضهم كيلاً منه كل عام ؟
وكيف إن مات بعضهم أو مات المُعطي أو المعطى
وقد أبرت الثمرة أو طابت ؟

من كتاب ابن المواز، قال مالك : ومن حبس على ولده، أو على غيرهم من
الأجنيين حائطاً، وسمى لبعضهم ما يعطى من الثمرة كل عام كيلاً، وأسهم
الآخرين، فليبدأ بمن سمي لمن سمي له. فإن فضل شيء فهو للآخرين، إلا أن يعمل
فيه عامل فيكون مبدأ بأجره على أهل التسمية.

30/16 ط

قال ابن القاسم : / مثل الأجراء والدواب والسقي وشبهه.

قال ابن القاسم : وكذلك في غلة الدار يحبسها إن سمي لواحد منهم دينارا
من ذلك فهو مبدأ به وإن لم يقل غيره.

قال مالك : ومن أوصى في نخل له لخمسة أمهات أولاد له؛ فقال : لفلانة
من ثمرها عشرة أصوع كل سنة، ولفلانة خمسة، ولفلانة ثمانية. حتى أتمهن، فكن
يأخذن ذلك كذلك، حتى مات أربعة منهن ؛ فإن نصيب من مات منهن، لورثة
الموصي ؛ يحاصون به الباقيين، حتى يأخذ كما كانت تأخذ في حياتهن. فإن
أخرجت النخل أكثر مما سمي لهن، فقالت الباقية : إحبسوا علي ما بقي لأني
أخاف ألا تتمر في المستقبل فذلك لها. وكذلك لو كن أحياء فذلك لهن، وليحبس
لها منه قدر ما يرى.

ولو قال للورثة : نحن نضمن مكيله. مالك : فليس عليها أن ترضى بذلك.

قال ابن المواز : ولو لم يسم ما لكل واحدة لكان نصيب من مات منهن لمن
بقي منهن، وكذلك إذا مات قبل طيب الثمرة، فأما بعد أن يحل بيعها، فذلك لورثة
من مات منهن بالميراث؛ سمي لكل واحد أو لم يسم. هذا قول مالك وابن القاسم.
وإذا مات أحدهم بعد الإبار، فاختلف فيه ؛ فقال أشهب : ذلك لورثة من مات

من المحبس عليهم. وقال مالك، وابن القاسم : لا شيء لورثة من مات إلا بعد الطيب.

قال أشهب فيمن حبس تمر حائطه على رجل حياته ثم مات وفي النخل تمر مأبور فإنه لورثته. وكذلك لو كانت حبسا عليه حياة صاحبها فمات صاحبها وفيها ثمرة مأبورة فهي لمن حبست عليه.

31/16 قال ابن المواز : /ومن أوصى بتحبيس حائطه، ومات وفيه تمر مأبور فلا شيء للمحبس عليه. وقال : هي بخلاف ما لو أوصى بإبتال أصل الحائط، أو هبته وبيعه. واحتج بالعبد لا يتبعه ماله في هبة رقبته أو لإخدامه.

قال محمد ليس تحبيس الحائط كتحبيس العبد وخدمته؛ لأن المحبس عليه العبد لم يجعل له سبيل على ماله، والعبد ينتفع به. والمحبس عليه الحائط له الثمرة في المستقبل، وأما ما فيها الآن فليس بتحبيس، فهي كما لو طابت، وكما لو تصدق بالأصول، أو أوصى بها، فإن ما فيها من ثمرة مأبورة لا يكون للموصى له، والمتصدق عليه. وليس ذلك لأنه لم يملك الأصل، وإنما يملك الثمرة بطيها.

وفي باب : من أوصى بولد أمته مسائل من الثمرة تؤثر أو تطيب، في الوصية بها أو بالأصول؛ وفي ذلك باب مفرد بعد هذا.

فيمن أوصى بنفقة أو سكنى أو خدمة أو غلة
حياة الموصى لهم. وكيف إن مات بعضهم ؟
وكيف بالتعمير في ذلك إن زاد أو نقص ؟

من العتبية⁽¹⁾، قال سحنون : قال ابن القاسم، في الموصى له من غلة عبد بدنانير كل شهر، أو من غلة حائطه - يريد : حياته - : فإن ضمن له الورثة ذلك، وإلا أوقفوا العبد والحائط - يريد : والثالث يحمله، أو قد أجازوا - قال :

(1) البيان والتحصيل، 13 : 222.

وإن حانت الوصايا، ووقعت المحاصة له بقدر تعميره، / ويكون في العبد على أقل العمرين.

قال عنه أصبغ، وهو في كتاب ابن المواز : وإن أوصى بوصايا، وأوصى لرجل بنفقته حياته من بقية الثلث، ثم مات، فلم ينظر في ذلك، حتى مات الموصى له؛ فليحسب ورثته من بقية الثلث - إن بقي شيء - مقدار نفقة مثله، فيما عاش بعده. والحساب من يوم مات الموصي، ليس من يوم يجمع المال. وكذلك العبد الذي عليه خدمة وإن لم يخدم من يومئذ، كما لو أبق، أو مرض.

قال في كتاب ابن المواز : قال ابن القاسم : أو لم يقل : ينفق عليه مما في ثلثي، ولكن قال ينفق عليه حياته ولم يقل ما بقي. قال في الكتابين : فإذا حوصص له وهو حي بتعميره فأنا به دُفع إليه وأوقف له، فإن مات قبل ذلك رجع ما بقي إلى أهل الوصايا يتحاصون فيه، ثم إن بقي منه شيء بعد تمام وصاياهم فلورثة الموصي، وإن فني ما أصابه وبقي حيًا لم يرجع على أهل الوصايا بشيء ولم يؤتلف له تعمير، وهو كحكم نفذ. وهذا أحب إلي، والقياس أن يؤتلف التعمير فيرجع على أهل الوصايا كل واحد بما ينوبه، ولا يتبع المثلئ بما علي المعدم ؛ ولكن لا أراه.

وقال أصبغ كله، إلا قوله : إن مات قبل ينفق ذلك، رجع ما بقي إلى أهل الوصايا؛ على كل واحد ما ينوبه، ولا يتبع المثلئ بما علي المعدم؛ ولكن لا أراه. وقاله أصبغ.

وإن فني وهو حي لم يرجع عليهم. فهذا لا يعتدل وما أصابه فهو مال من ماله، ولا يرجع فيه لأحد. ولا أشك أن ابن القاسم رجع إلى هذا. والقول الآخر في اثتناف التعمير، في فناء / ما أصابه، أو بقاءه أو موته، وقد بقي بيده شيء هو قول أشهب. ويقول ابن القاسم أقول.

قال عبد الله : قول ابن القاسم مستقيم، وإنما معناه عندي في قوله : ينفق عليه من باقي الثلث. فهذا لا حصاص فيه إن مات وقد بقي منه شيء ؛ فهو

لأهل الوصايا، إن فني وهو حي ؛ لم يرجع على أحد بشيء ؛ لأنه شيء أوصى له به بقي. وأما المختلف فيه في اثناف التعمير بموته، أو بفناء ما وقع له، الذي يوصي بوصايا، ويوصي أن ينفق عليه حياته، ولم يقل : فما بقي من ثلثي ينفق عليه منه. فهذا الذي يحاص، وما حصل له كحكم نفذ في قول ابن القاسم.

قال ابن حبيب، عن أصبغ، عن ابن القاسم، في الموصى لهم بالنفقة والخدمة أعمارهم فيعمرون، ويحاص لهم أهل الوصايا فتزيد أعمارهم؛ قال : كان يقول : يرجعون إلى محاصة أهل الوصايا ما فيه. ثم رجع، فقال : لا شيء لهم وهو كحكم نفذ وقاله أصبغ.

قال ابن عبدوس : قال عبد الملك : ما وقع له في الحصاص بالتعمير فليأخذه يصنع به ما شاء. ولو زاد عمره لم يرجع بشيء. وقاله سحنون؛ لأن الوصايا لما حالت فإنما يأخذ ما وقع له.

وكذلك بالسكنى، وإن جاوز قيمة السكنى. وقاله ابن نافع.

وقال بعض أصحابنا : إذا حالت الوصايا، وخلع الثلث، وفيها أعيان لقوم ؛ فإنهم لا يأخذون في الأعيان. واختلف فيه قول مالك.

قال ابن عبدوس : قال ابن القاسم : ذكره عنه عيسى في العتبية أن مانابه بالحصاص، في / النفقة بالتعمير، يأخذه بتلا، ثم لمن مات بعد ذلك بيوم لم يرجع عليه الورثة بشيء لأنهم خيروا فاختاروا خلع الثلث. وكذلك سائر أهل الوصايا كحكم نفذ. ولو زاد عمره على التقدير لم يرجع على أحد بشيء، ولو أنفذ الورثة الوصية على وجهها لرجعوا بما بقي [فيمن به قيل قياما أحد]⁽¹⁾. وكذلك لو حمل الثلث النفقة وبقي من الثلث بقية بقدر ما أوقف، له في هذا نفقة تعميره فهذا إن مات قبلها رد ما بقي، وإن قبلت وهو حي رجع في بقية الثلث بقية عمره، وكذلك في الوصية بالسكنى في التعمير إذا خلع الثلث، فلا رجوع له ولا عليه؛ زاد عمره أو نقص.

(1) كذا في الأصل وفي ذلك اضطراب وخلل في التعمير.

قال ابن عبدوس وابن المواز عن أشهب والذي في كتاب ابن المواز مختصراً، وإنما كتبت ما في كتاب ابن عبدوس ؛ قال أشهب : إذا عُمر، فكان في الثلث مبلغ وصاياهم ووصايا عمرهم وفضلت فضلة أخذها الورثة. فإن مات جميع أهل النفقة قبل فراغها، رد الباقي إلى الورثة. وإن فنيت وهم أحياء، رجعوا بدءاً في بقية الثلث حتى يفرغوا به. ولو أعدم الورثة لم يرجعوا على أهل الوصايا إلا بعد فراغ باقي الثلث. ولو وجدوا بعض الورثة مليئاً أخذوا منه ممّا بيده فضلة الثلث، ويرجع هو على باقي الورثة بما يصيبهم لو كانوا أُملياء. ولو لم يبق من الثلث شيء رجعوا على أهل الوصايا فحاصوهم - يريد يأتنفون حصاصاً بتعمير مؤتلف - وبحسب عليهم ما أخذوا أول، وما رجعوا فيه من بقية / الثلث. وإنما يحسن الاختلاف، فيما يخلع فيه الثلث، في أن ينقص، أولاً ينقص عند ظهور زيادة العمر أو نقصه. فأما والثلث واسع، وقد قدر لهم بعمر، فعُدّل لهم قدره، وبقيت منه بقية، ثم عاش أكثر ممّا قدر له، فينبغي أن لا يختلف أن له الرجوع.

قال أشهب : فإن وجدوا أهل الوصايا عدماً، إلا واحداً منهم، فلا يأخذوا منهم إلا ما يصيبه لمخاصتهم، بخلاف الورثة ؛ أولئك لا ميراث لأحد منهم حتى يؤدوا الوصايا كغيرهم ظهر على ورثة فهم مع أهل الوصايا كغيرهم ظهر على غرماء.

قال : وإذا كانوا قد حاصوا موصى له برقية عبد وموصى له بخدمة عبد سنة، ففيما يبدأ أهل النفقة ؛ فليُنظر الآن إلى قدر ما بقي من أعمارهم، فيُنظر ما كان ينبغي أن يخاص لهم به، فيُنزع من الآخرين ما كان لبعضهم ذلك. فأما صاحب العبد فيؤخذ من العبد حصة ذلك فيبيع ويوقف لهم. وأما المخدم سنة فيُنظر فيه بما كان يعمل فيه لو كان الثلث أول صنف⁽¹⁾، وإنما كان يخير الورثة بين إجازة ذلك أو خلع الثلث للحصاص، فما وقع لهذا المخدم أخذه في جميع التركة لأن وصيته حالت، وصاحب العبد يأخذ في عين العبد ؛ فيُنظر الآن في هذا المخدم ؛ فإن كان قد خدم السنة نظر إلى قيمتها، فاحبس منها ما كان يقع له في حصاصه، فيرد

(1) في الأصل، أول صنف.

ما يوقف هؤلاء، مع ما أخذ من صاحب العبد فإن استوفوا بذلك في بقية أعمارهم وإلا أخذ العبد الراجع إلى الورثة - يريد : لأنه بقية الثلث، فيوضع لهم - / فإن استغرقوه أيضا، إئتفوا حصاصا مع أهل الوصايا، ورجعوا عليهم، ولا يرجعون على الورثة إذا لم يبق بأيديهم من الثلث شيء. وإن انقرضوا، أو بقي من ذلك شيء، رد إلى أهل الوصايا بقدر ما انتقصوا.

33/16 ظ

قال سحنون : إنما ينبغي أن يجمع الثلث كله، ما استخدم المخدم، والعبد الموصى به، والعبد الذي رجع إلى الورثة، بعد الخدمة، وما صار إلى هؤلاء بالنفقة، ثم يتحصون في ذلك كله؛ هؤلاء بالنفقة الأولى، وهؤلاء بقدر ما يرى أنه بقي من أعمارهم، وصاحب الرقبة وصاحب الخدمة بالخدمة.

قال في المجموعة : قال ابن نافع : ومن أوصى لرجل بعشرين دينارا، وآخر بعشرة، وآخر بدينار كل شهر حياته، فعمر ذو الحياة، فكان عمر ثلاثين شهرا، فلذلك ثلاثون دينارا. فإن كان الثلث أربعين دينارا، أخذ كل واحد ثلثي وصيته، فينفق على صاحب النفقة ثلثا دينار كل شهر مما اجتمع له بالحصاص، ولا يعم له منه دينار لنقص الوصية. فإن مات وقد بقي من ثلثه شيء رد إلى أهل الوصايا فتحاصوا فيه بقدر ما بقي لهم.

ومن المجموعة، وكتاب ابن المواز، وهو في العتبية⁽¹⁾، من سماع ابن القاسم، فيمن أوصى أن ينفق على فلان عشر سنين فعزل ذلك له، ثم مات بعد سنة؛ إن الباقي راجع إلى ورثة الموصي، كما لو أوصى له بالنفقة عليه حياته فعزل لذلك مال ثم مات قبل نفاذه.

قال : ومن أوصى لرجل بأربعين دينارا ينفق عليه منها كل سنة، ثم مات الموصى له؛ قال : فلورثة الموصى له نفقة السنة التي / عاشوا بعده، ويرد ما بقي إلى ورثة الموصي.

34/16 د

(1) البيان والتحصيل، 12 : 432.

ومن هذه الكتب، وهو في العتبية⁽¹⁾، من رواية أشهب، وابن نافع، عن مالك، فيمن أوصى الخمسة نفر بنفقتهم حياتهم؛ قال : يعمرسون سبعين سبعين، ويجمع ما صار لهم بيد عدل فينفق عليهم منه، فكلما مات منهم أحد رجع على من بقي من الخمسة. فإن ماتوا كلهم، رجع ما بقي إلى أهل الوصايا إن بقي لهم شيء، فإن استوعبوا، رجع ما بقي إلى الورثة. وإن فرغ المال، وهم أحياء، فلا رجوع لهم بشيء على أهل الوصايا.

قال ابن كنانة والمغيرة : وإن فاء بهم نصف وصاياهم لم يعطوا مما أوقف لهم كل شهر، إلا نفقتهم كاملة، لا نصف نفقة كل شهر، ثم ذكر باقي الجواب كالأول. قال غيرهما، عن مالك : وكذلك في الموصى له بدينار كل شهر فيجمع له فلا يعطى منه كل شهر، إلا دينارا؛ لأن الميت قصد التوسعة عليه. فإن مات وقد بقي منه شيء رجع إليهم، وإن عمر أكثر من ذلك فقد استوفى وصيته. وابن نافع يرى أن يُعطى من نفقة كل شهر نصف دينار. وكذلك في كتاب ابن المواز.

قال في المجموعة : وكذلك روى عنه علي؛ إذا مات وقد بقيت بقية رجعت إلى أهل الوصايا يتحاصون فيها بما بقي لهم. وفي باب : التعمير من معنى هذا الباب، وفي باب بعده ؛ الوصية بالنفقة، والغلة، وفي موت بعض الموصى لهم بذلك.

ذكر تقدير التعمير في الموصى له بالنفقة عمره أو بخدمة أو غيرها وفي المفقود وشبهه /

من المجموعة، وكتاب ابن المواز، والعتبية⁽²⁾، من رواية أشهب، عن مالك؛ ذكر الوصية لنفر أن ينفق عليه أعمارهم ؛ قال : يعمرسون سبعين سبعين. قال

(1) البيان والتحصيل، 13 : 8.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 8.

غيره، عن مالك : يعمر ثمانين، فإن كان ابن ثمانين عمر تسعين، وإن كان ابن تسعين عمر مائة. ويعمر في كل سنة بقدر ما يرى من الاجتهاد.

قال ابن المواز : والتعمير في المفقود وغيره من السبعين إلى المائة. وقال عبد الله بن عبد الحكم : المائة. قال ابن المواز : المائة كثير.

ومن المجموعة، قال ابن كنانة عن مالك، في أمهات أولاد أوصي أن ينفق عليهن حياتهن، فعمرهن مالك ثمانين، وقد بعث بهن الإمام إليه، وحمل بعضهن على بعض. ولو كانت واحدة، لعمرها أكثر من ذلك. والصواب في مثل هؤلاء أن يعمرن أكثر ما يظن أنهن يعشن؛ لأنهن إن متن دون ذلك رجع الباقي إلى الورثة. وإن قصر هن في التعمير فجاوزنه هلكن. والذي يعمر يحسب في تعميره ما مضى من عمره.

قال ابن كنانة : إذا كان المال ليس بالواسع أوقف هن الثلث، فإن كان كثيرا جدا أوقف هن مالا يشك أنه كفايتهن إلى أقصى أعمارهن ؛ لأنه إن بقي شيء رجع إلى الورثة.

قال ابن القاسم : أحب إلي في التعمير في مثل هذا سبعون⁽¹⁾.

قال علي، عن مالك : يعمر أعمار أهل زمانه، ويوقف له ما يكفيه في ذلك التعمير، فإن هلك قبل ذلك رجع ما بقي إلى الورثة، وإن سمي له شيئا معلوما كل عام أعطيه. فإن مات رجع باقيه إلى الورثة، وإن فرغ ذلك وهو حي فلا شيء له. /

(1) في الأصل، سبعين بالياء لا بالواو والصواب ما أثبتناه.

بقية القول في الوصايا بالنفقات
والتعمير وتقدير النفقات
وذكر بعض الموصى لهم
وفيمن أوصى أن ينفق على أم ولده
ما لم تنكح، وكيف إن؟⁽¹⁾

من كتاب ابن المواز، وهو في المجموعة، من رواية ابن نافع عن مالك، وقال في الموصى لهم بالنفقة ما عاشوا، قال : يفرض لهم الطعام والإدام والماء والحطب والدهن والثياب، ولا أدري ما ثياب الصون - يريد : التي تصان لمثل جمعة وغيرها - قال عنه ابن عبدوس : روى عنه مثله علي بن زياد.
وقال عبد الملك : لا يفرض للموصى بالنفقة الخدمة، ولا يكون ذلك إلا بوصية.

وقال أشهب : إذا أوصى أن ينفق عليهم حياتهم، فيعزل لهم ثلث الميت، لا شك، فينفق على كل إنسان منهم بقدر حاله، وشدة مؤنته، وكثرة عياله. فإن مات أحدهم كان ما أوقف بحاله ينفق على بقيتهم، ولا يرجع إلى ورثه الموصي حتى لا يبقى منهم أحد إلا أن يعلم أن من بقي لا يستوعبون ذلك، فيحبس لهم ما يرى أنهم ينفقونه، ويرد إلى الورثة ما بقي، فإن ماتوا وبقي شيء رد إلى الورثة. وإن عاشوا حتى نفذ الثلث فلا شيء لهم إلا أن يكون رد منهم إلى الورثة شيء فيرجع فيه.

قال ابن المواز لمالك، فिमّن أوصى لفلان بنفقته وكسوته سنين، فدفع إليه نفقة سنة، فمات قبل تمامها بأشهر، فما كان من خلق ثوب وشبهه فلا يرجع فيه، وما كان من طعام، فإنه يرجع بما بقي منه.

(1) الكلمة الأخيرة في العنوان غير واضحة في الأصل فتركنا مكانها بياضا.

وكذلك في المجموعة، وقال : ومعناه بباقي النفقة قيل : ودفع باقي / كسوته
من النفقة ؟ قال : لا يرجع به. وكذلك رواه ابن وهب، عن مالك.

ومن كتاب ابن المواز، ومن العتبية⁽¹⁾، روى أشهب، عن مالك : ممن أوصى
لخمس أمهات أولاد له⁽²⁾ ؛ أن يعطين من غلة أَعْدَق⁽³⁾ من حائطه، في كل سنة
ما عين ؛ لفلانة خمسة أصْوَاع⁽⁴⁾، ولفلانة عشرة، ولفلانة كذا، حتى أتمهن
فأخذن كذلك، ثم مات منهن أربع. قال : يرجع نصيبهن إلى الورثة، دون الباقية؛
لأنه سمي لكل واحدة، ماتاخذ، فلا تزداد. ولو قال : لكل واحدة خمسة أصْوَاع
فبقيت واحدة، ولم يقل : الأعدق إلا خمسة أوسقي فليس لها منه إلا حصاصها.
ولو أصابت النخل ستين صاعا في حياتهن، فأخذن ماسمى لهن، فلهن إيقاف ما
بقي إذا كانت النخل لا تغل ما سمي لهن في المستقبل، فيم لهن من ذلك، فإن
لم يبق منهن إلا واحدة لم يوقف لها ذلك كله، وليوقف لها منه ما يرى. وليس لهم
أخذ ذلك الفاضل وإن ضمنوا لها إلا برضاها.

قال ابن المواز : ولو لم يسم لكل واحدة من الكيل، لكان نصيب من مات
لمن بقي منهن. وذلك إذا مات قبل طيب الثمرة، فأما بعد طيبها وحلول بيعها
فذلك لورثة من مات منهن بالوجهين ؛ إذا سمي لكل واحدة، أو لم يسم. وقاله
مالك وابن القاسم.

وإن مات بعضهن بعد الإنبار⁽⁵⁾؛ فاختلف فيه أصحاب مالك؛ فقال
أشهب : ذلك لورثة من مات ممن حبس عليه. وقال مالك، وابن القاسم :

- (1) البيان والتحصيل، 13 : 56.
- (2) في الأصل، كتبت هذه الجملة محرفة وصححتها من كتاب البيان والتحصيل.
- (3) الأعدق جمع عذق بكسر العين وهو من الثمر كالعنقود من العنب ويسمى الكباسة بكسر الكاف أيضا.
- (4) في الأصل، أصع عوض أصوع وكذلك وقع أثناء استعمالها عند المؤلف بعد أسطر قليلة.
- (5) في الأصل، الأبار والصواب ما أثبتناه وقد سبق التنبيه على ذلك فيما قبل.

لا شيء، لمن مات إلا بعد طيبه وحلول بيعه. وقال أشهب : سواء حبس حياة المحبّس أو حياة الحبس عليه.

ومن / المجموعة، قال ابن كنانة، فيمن أوصى لرجل وابنيه بنفقتهم نفقة سماها حياتهم، فطلب الورثة أن يأخذوا الثلث على أن يضمنوا لهم النفقة على أنه إن نقص فعليهم، وإن زاد على حياتهم فلهم لم يجز، ولا بأس أن يعطوهم شيئاً على أن يتركوا ذلك كله زاد أو نقص. ولا بأس أن يحمل لهم الورثة بأقل من الثلث، ويتركوا لهم الزيادة، ويكون عليهم إن نقص حقهم من الثلث، أو يزيدوهم؛ لأنهم تركوا نقص حقهم وأخذوا بعضه. ولا يحتاج في هذا تعمير لأنه ليس معه وصايا، ولكن يقطع لهم بالثلث.

ولو أوصى أن ينفق على رجل حياته، وأوصى بوصايا، فإن وسعها الثلث لم يحتاجوا إلى تعمير إلا أن يشح الورثة فيريدوا أخذ فضل الثلث فيحتاج إلى التعمير - عبد الله : يريد : والثلث كثير - يعلم أنه بقي بعمره، ويوقف. ولو ضاق كانت المحاصة والتعمير.

ومنه من رواية ابن نافع عن مالك، وهي في سماع أشهب في العتبية⁽¹⁾، ورواها عيسى عن ابن القاسم، في العتبية، فيمن أوصى؛ أن ينفق على أمهات أولاده، ثلاث سنين، وأوصى بخادم يخدمهن حياتهن، قال فنفقة الخادم وأمهات الأولاد في الثلاث سنين من مال الميت. فإذا انقضت السنون فنفتها عليهن.

قال : ولو قال : أنفقوا عليهن كلهن في كل سنة عشرة، لم يكن للخادم من مال الميت نفقة في ثلاث السنين؛ لأنه سمي ما ينفق على أمهات الأولاد. ونفقة الخادم عليهن - يريد : في ثلاث السنين / وغيرها.

ولو قال : أنفقوا على أم ولدي ما أقامت مقيمة على ابنها ما لم تنكح معاشته؛ فمات الابن، فقالت : لا أنكح. قال : لا نفقة لها.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 14.

وفي باب آخر من رواية ابن وهب ؛ أنه روى أيضا عن مالك أن لها النفقة منها ما عاشت.

واختلف قول ابن القاسم فيه؛ فقال بالقولين جميعا.

قال أشهب عن مالك : إذا أوصى لأم ولده بالنفقة عليها ما لم تتزوج، فصالحهما الورثة بشيء أعطوها ثم تزوجت، فلا رجوع لهم عليها؛ وإنما يرجعون عليها لو لم يصالحوها.

وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم ؛ لا رجوع لهم والصلح جائز، ولو ماتت بعد يوم أو يمين من الصلح لم يُتَّبَعْ بشيء.

ومن كتاب ابن المواز، قال مالك : وإن أوصى أن يُنْفَقَ على أم ولده عشرة دنانير كل عام من غلة حائطه فأخذت عاماً ثم باع الموصي التمرة في العام الثاني إلى أجل، فإن كان قريباً تربصت، وإن كان بعيداً بيع لها منه حتى تستوفي.

قال : ومن أوصى بنفقة أم ولده عشر سنين على أن تحضن ابناً له؛ فإن كان الولد من غيرها لم يجوز، وإن كان منها جاز.

قال محمد : هذا من مالك استحساناً. وهما عندي سواء، وهي وصية للولد. وكذلك الأجنبية، أو أن يشتري لابنه غلاماً تخدمه عنه سنين ثم تزوجت، فليُنزَع منها.

ومن أوصى أن يُنْفَقَ على امرأته، وله منها ولد، فإن كانت محتاجة وهي تكفله⁽¹⁾، وتخدمه، أنفق عليها من مال الصبي. وإن كانت مليعة، فإن كان إن عَزَلَ عنها ضاع في حضانتها وخدمته، وتكَلَّفَ / له من يلي ذلك منه، أقرَّ عندها؛ وهي أرفق به وأنفق عليها من ماله.

قال عنه ابن عبد الحكم : إن كانت لو تركته لم يحتج إلى أن يُؤَاجَرَ له من يحضنه ويكفله⁽²⁾، فأنفق عليها ثم عِلِمَ ذلك فما مضى فلها ولا شيء لها فيما بقي.

(1) في الأصل، وهي تكلفه والغالب أن ذلك القلب إنما وقع من الناسخ.

(2) في الأصل، ويكلفه والظاهر أن الصواب ما أثبتناه.

فيمن أوصى له بنفقة سنين وعليه دينٌ أو يُفلسُ

من العتبية⁽¹⁾، روى عيسى، عن ابن القاسم، فيمن أوصى له بمائة دينار يُنفقُ عليه منها كلُّ سنة كذا وعليه دينٌ، فقال أهل الدين : عَمَّرْهُ لنا؛ فأعطينا الفضلَ فليس ذلك لهم؛ لأنَّ الفضلةَ ترجع إلى ورثة الموصي.

ولو أوصى له بنفقة دينارٍ كلَّ شهر فقالوا : أعطينا ما يفضل من الدينار، عن نفقته، فذلك لهم؛ لأنَّ هذا صار مالاً لهم.

وقال عبد الملك، في المجموعة، في الموصي له بالنفقة والخدمة يُفلسُ، فإن سُمي له فضلاً بيّناً مثل خمسة دنانير في الشهر، فهذه وصية بالنفقة وبعض النفقة. وإن سُمي مثل ما بين ضيق النفقة وسعتها، فلا شيء فيه للغرماء، وكذلك في فضل المسكين.

قال غيره : إذا قالت الغرماء : نُخرُجُك من هذا البيت ونكريه، ونؤاجر العبدَ في الخدمة، فليس ذلك لهم ؛ لأنَّ الموصيَ إنما أراد يسره. وإن كانت خدمةً وسُكنى لها غلة، وفيها فضل، فالفضل لغرمائه.

فيمن أوصى أن يُسَلَفَ فلاناً مائة سنة ثم هي لفلانٍ ومن أوصى أن يوضع عن حميلٍ له جمالته، وضاق الثلث /

37/16 ط

من كتاب ابن المواز : ومن أوصى أن تُدْفَعَ مائة دينارٍ إلى فلان يتجر بها سنة، أو : ادفعوا إليه مائة بعد سنة فهو كما قلنا في الخدمة، إن حملها الثلث بعد ذلك. وإن لم يحملها، أو لم يُوصَ بغيرها؛ خيّر الورثة ؛ فإما أجازوا، أو قطعوا له

(1) البيان والتحصيل، 13 : 189.

بثلث التركة بثلثاً. وكذلك إن قال : يتجر بها سنة ثم هي لفلان بعد سنتين، فالجواب سواء. فأما لو قال : ثم هي بعد السنة لفلان لم يكن تحييراً، وليس عليهم إلا ما حمل الثلث منها؛ يتجر به فلان سنة.

قال مالك : ويكون لها ضامناً، ثم يكون لصاحب المرجع.

وكذلك روى عيسى، عن ابن القاسم، في العتبية، في هذه المسألة الآخرة. ورواها عنه أصبغ في كتاب ابن حبيب. قال : ويضمن ما نقص من ذلك.

قال، في كتاب ابن المواز : قال مالك : إن أوصى له بمائة يتجر بها سنة، وأوصى بوصايا وضاق الثلث؛ نُظِرَ إلى قدر ما يربح في المدة فحاصص بها. وكذلك لو أوصى لآخر بمال. وسواء قال : ادفعوا إليه سلفاً سنة أو قال : يتجر بها سنة. فهو لها ضامن.

قال محمد : وإنما يُحَاصُّ الموصى له بمائة بعد سنة بقيمتها؛ بعرض أو طعام لا يُؤَخَذُ إلا بعد سنة. فقال : كما يباع من الطعام أو العروض، بمائة دينار على مثله إلى سنة، فإذا عُرِفَ نُظِرَ ما قيمته نقداً فحاصص به. وقاله ابن القاسم.

ومن العتبية، قال ابن القاسم، فيمن أوصى لرجل بمائة بثلثاً، ولآخر بمائة سلفاً؛ فليُنظَرُ إلى قيمتها معائنة يُحَاصُّ بها، فكان له ما وقع له بثلثاً.

38/16 و

ومثله في المجموعة من رواية / ابن وهب وعلي، عن مالك، قال : ويُحَاصُّ بما ترك من ربح المائة ومنفعتها. قال عنه علي : إلا أن يكون ذلك أكثر من نصف الثلث فلا يُرَدُّ، ولا يكون مائة سلفاً أكثر من مائة بثلثاً.

قال ابن القاسم، في العتبية⁽¹⁾ : ولو أوصى أن يُسَلَّفَ عشرةً دنانير لبعض ورثته سنة، وبباقى الثلث لفلان، فكان ثلاثة عشر، فإن لم يُجَزَّ الورثة انتفعوا بها كلهم سنة، ثم كانت لصاحب باقى الثلث.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 149.

وقال أشهب، عن مالك : وإذا أوصى له بخمسين يتجر بها سنة، وله عليه مثلها، فقال له الورثة : أعطناها، ونحن نردها إليك تتجر بها سنة، وإلا أخرناك بها سنة لو صيتك. قال : إن كان عديماً فليس لهم ذلك، وليدفعوا إليه خمسين سنة، ويتبعوا ذمته بدينهم.

ومن كتاب ابن المواز : ومن أوصى أن يُقضى عن فلان حمالته، وأوصى مع ذلك بوصايا. وضاق الثلث عن ذلك. قال محمد : ما سمعتُ فيها بشيء إلا ما تكلمنا فيها نحن وأصحابنا. وأحسن ما فيها أن يُخاصَّ للحميل بقيمة ما أوصى له مثل أن يُتحمَّل له بمائة دينار، فيقال : كم تسوى تلك المائة على مثل فلان إلى أجلها؟ وكم يسوى بلا حمالة؟ فما بين ذلك حاصص به أهل الوصايا حتى يصير له ما يصير بعد ذلك. فإن استوفيت المائة رجع ما وقع لها في الحصاص بها فيما انتقص أهل الوصايا.

قال محمد : ولم يُختلف في هذا. واختلفنا في إذا لم يوجد من المائة إلا يسير أو لم يوجد منها شيء؛ فقال أصحابنا : لا يُرجع على أهل الوصايا بشيء. وقلتُ أنا : بل يُرجع عليهم؛ لأن المائة كانت تلزم الحميل، فقد سقطت، فلا بُدَّ أن يُخاصَّ لها بها كلها باقية حتى يصير له ما صار، ويغرم الحميل ما بقي. وهذا بين.

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على سيد المرسلين وآله وصحبه

كتاب الوصايا الرابع

في الوصية في العين والدين

من كتاب ابن المواز قال مالك : ومن أوصى لرجل بمائة دينار لا يحملها⁽¹⁾ الثلث، أو كانت مؤجلة ولا يحملها الثلث، فأحصِرَ لافتراق ماله. فإن لم يُجزِ الورثة، قطعوا له بثلاث كل شيء ترك. ولو كان إنما أوصى له بعرض لكان له العرض أو ما حمل منه الثلث، ولا يُخَيَّرُ الورثة. ولو لم يترك إلا مائة عيناً، ومائة ديناً، فأوصى لرجل بنصف العين، ولآخر بنصف الدين، أو بثلاث هذه وبثلاث هذه، أو بعدد من هذه، ومن الأخرى بعدد⁽²⁾ مثله؛ لا يختلف الجزء والعدد.

قال ابن القاسم وأشهب في المجموعة : وذكره ابن المواز؛ ولهذا بالمائة العين، وللآخر بالمائة الدين. فلكل واحد ما سمي له من مائتيه إن حَمَلَهُمَا الثلث. وإلا فلهذا ثلث مائته، وللآخر ثلث الأخرى. فأما إن خَلَّفَ غير المائتين، ولا يخرج ما سمي من الثلث، فلا بد أن يُخَيَّرَ الورثة، فيجيزوا، أو يسلموا الثلث من كل شيء، فيتحصروا فيه صاحبُ العين بعدد وصيته، والآخر بقيمة وصيته.

(1) في الأصل، لا تحملها الثلث بالتاء الفوقية لا بالياء.

(2) في الأصل، أو بعدة من هذه، ومن الأخرى بعدة مثله والصواب ما أثبتناه لدلالة الضمير الموجودة في مثله على ذلك.

ومن المجموعة : وقاله ابن كنانة؛ يحاص في الدين بالتسمية لا بالقيمة؛ أوصى بذلك للغريم، أو أوصى به لغير الغريم، كان الغريم مليئاً أو مُعْدَماً. كمن اشترى شَيْقَصاً بثمان عال فإنما يأخذه الشفيع بجميع الثمن.

وقال عبد الملك : على قيمة الدين / يُحَاصُّ؛ كان مالاً أو عرضاً أو طعاماً. 39/16 د

قال ابن القاسم، وأشهب : ولو ذكر في المائتين لهذا من العدد في العين، خلاف ما سمي للآخر من الدين، ولم يحمل الثلث ذلك، كان الخيار للورثة. فإن لم يجيزوا، أسلموا ثلثه، فتحاصوا فيه. وحوصص في الدين بقيمته. قال سحنون : وسواء اتفقت وصيتهما أو اختلفت؛ إذا لم يُجِزِ الورثة، قطعوا لهما بالثلث فتحاصاً فيه؛ في الدين والعين.

وروى عيسى في العتبية⁽¹⁾ عن ابن القاسم، فيمن له على رجل اثنا عشر ديناراً وهو عديمٌ، فأوصى له بها، وأوصى لآخر باثني عشر عيناً، ولم يدع غيرها، ولم يجزِ الورثة، فليتحاصاً في ثلث العين والدين. فإن كانت قيمة الاثني عشر – الدين – أربعة، حاصاً بأربعة، ولآخر اثنا عشر، فلهذا ربع الثلث، ولهذا ثلاثة أرباعه. فيزول عنه ديناران، ويبقى عليه عشرة. فدينار سقط مما عليه، ودينار فله من العين أخذه منه فيتحصاً في الدينار الورثة، والموصى له بالعين، على أحد عشر جزءاً؛ فلهذا ثلاثة، ولهم ثمانية. وكذلك كل ما يُقتضى من الآخر.

ومن المجموعة والعتبية⁽²⁾ من رواية عن ابن القاسم ولو كان له على مليء مائة، ومائة على معدم، وترك مائة لا غير، وأوصى للغريمين؛ لكل واحد بما على الآخر، ولم يُجِزِ الورثة، فليتحاصاً في الثلث مما حضر، وفي الدين.

قال ابن القاسم في المجموعة : يُنْظَرُ إلى قيمة التي على الملتى لو بيعت بالنقد. فإن قيل : ستون. والتي على المعدم ثلاثون. قلت : الثلث للملتى، وثلثاه للمعدم؛ من عين ودَيْن، فصار للمعسر مما على الموسر، ثلثا ثلثه. وذلك اثنان

(1) البيان والتحصيل، 13 : 160.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 103.

وعشرون ديناراً / وتُسَعَا دينار. وللموسر مما على المُعْسِر، ثلث الثلث؛ أحد عشر 39/16 ظ
وتُسَع، وليس له أن يُقَاصَّهُ بها ؛ لأن عليه ديناً للورثة، فيؤخذ ما كان للمعسر
فيُضَمُّ إلى ما للمعسر بالحِصَاص، من المائة الناضئة، ثم يتحصَّص في ذلك الورثة
والموسر بقدر ما لكل واحد عن المعسر. وكذلك في كل ما يقبضون منه. ولو
كانت المائة التي على المِلِيءِ حَالَةً، ضُرِبَ في الحِصَاص للمعسر بعدده نقداً،
ويؤخذ من المِلِيءِ، فيُضَمُّ إلى المائة الأخرى، ويكون كمن ترك مائتين عيناً ومائة ديناراً
على غريم، فأوصى بمائة الدين لرجل، ومائة من العين لآخر، ثم ذلك على ما مضى
من التفسير. ولو أوصى للمعسر بما عليه، ولآخر بمائة من العين، وترك مائتين عيناً
مع مائة الدين فَتَقَوَّم؛ فإن لم يجز الورثة، سلموا ثلث العين والدين، فيتحصَّص
هذان، فيضرب الغريم بقيمة مائة نقداً، فما وقع له ممَّا عليه سقط عنه، وما صار
له من العين أخذ منه وسقط من الدين مثله، ويُحصَّص فيه الورثة، والموصى له
الآخر ؛ بقدر ما لكل واحد منها، ولا حصاص فيه للغريم.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى عيسى، عن ابن القاسم، فيمن أوصى لرجل بخمسين
ديناراً له عليه، وترك مالا، وجميع الثلث ثلاثون. فقال له الورثة : نُقَاصُكَ بها فيما
عليك. فذلك لهم، إلا أن يكون على الغريم دين فيُخَيَّرُ الورثة؛ فإن أجازوا وصيته
لم يكن له غيره. وإن أبوا، أسلموا الثلث مما عليه ومما حضر، ويتحصَّص فيه الورثة
وغرماء الغريم بما لهم عليه.

ومن المجموعة، قال ابن القاسم : عمداً، أو خطأ، يعفو عن دينه، ويوصي
بوصايا، ولا مال له ؛ فليتحصَّص في ثلث الدية / العاقلة وأهل الوصايا. فإن كان 40/16 ر
الوصايا نصف الدية، فللعاقلة تُسَعَا الدية، وللموصى لهم تُسَعُّها، وللورثة ثلثاها ؛
يأخذون ذلك كلُّه وأهل الوصايا في ثلاث سنين.

ومن كتاب ابن المواز : وإذا كانت له مائة على مِلِيءٍ، ومائة على معدم،
وأوصى لكل واحد بما على صاحبه. فإن ترك مالا يخرج المائتان من ثلثه فلكل

(1) البيان والتحصيل، 13 : 164.

واحد مائته بعينها. فأما إن كان له مال غيرهما، ولا يخرجان من الثلث، فهنا إن لم يَجْزِ الورثة سلموا الثلث يتحصان فيه.

وقول مالك، وابن القاسم وأشهب ؛ أنه لا يَقُومُ الدينُ الموصى به، وإنما يُحَسَّبُ عدده. وأنا أستحسن أنه إن كان الدينُ إذا قُومَ يخرج من الثلث قومه بالنقد، ثم كان لكل واحد مائته بعينها. وإن لم يخرج، ولم يَجْزِ الورثة، قُطِعَ الثلث. والمحاصة في كل شيء من التركة.

وسذهب المغيرة وابن وهب يَقُومُ الدين الموصى به على كل حال؛ فإن خرج، وإلا كانت المحاصة على القيم، وسأويا بين الوصية بالدين لهما أو لغيرهما. وأنا أرى أنه مفترق؛ فإن أوصى لغير من هو عليه فإنه يَقُومُ إذا لم يكن معه وصية غيره. وإن أوصى به لمن هو عليه، فإن كان حالاً، فلا يَقُومُ، ويُحَسَّبُ عدده في الثلث، فإن كان إلى أجل، قُومَ، فإن خرج من الثلث، وإلا نُحْلِغَ الثلث من كل شيء. وإذا كان له مائة على معدم، ومائة على مليء، فأوصى لهذا بما على هذا، ولهذا بما على هذا الآخر، وبجزء متفق، أو عدد متفق ؛ لا يحمله الثلث⁽¹⁾. فإن لم يدع غيرهما؛ فلكل واحد ثلث المائة، التي أوصى له بها. وإن لم يكن له شيء غيرهما، / ولم يخرجها، خلع الثلث، وتحاصا فيه على القيم. وكذلك إن لم يساو⁽²⁾ بينهما، فيما لهما فيه من ذلك، لتحاصا في خلع الثلث على القيم. وكذلك إن أوصى بذلك لغيرهما في جميع ما وصفت لك. وقاله ابن القاسم.

قال : وإن أوصى بجميع ناضه وله ديون إن قُومَتْ بالنقد خرج ما أوصى به من الثلث، وأبى الورثة أن يتخلوا من الناض فذلك لهم. وليس كالدين يوصي به، أو العرض؛ لأن ما نُزِعَ من ورثته من ثلثي العين عوضهم به ذيناً فقد يعسر جمعه، وقد لا يجوز بيعه، وما لهم عدته.

(1) في الأصل، لا تحمله الثلث وقد سبق التنبيه على ذلك في تعبير مماثل لهذا.

(2) في الأصل، لم يحذف حرف العلة من هذا الفعل رغم دخول لم الجازمة عليه.

قال : وَمَنْ أَخَذَ بِقَوْلِ مَالِكٍ فِي الدِّينِ أَنَّهُ إِنَّمَا يُحْسَبُ عَدُّهُ فَلَا يُقَوَّمُ قَائِمًا ذَلِكَ، مَا لَمْ يَوْصَ مَعَهُ بِغَيْرِهِ. وَإِنْ أَوْصَى بِغَيْرِهِ، فَلَا يَدُ مِنَ التَّقْوِيمِ فِي ضَيْقِ الثَّلَاثِ لِلْمَحَاصِي. وَقَالَ مَالِكٌ، وَابْنُ الْقَاسِمِ، وَالْمَغِيرَةُ، وَابْنُ كَنَانَةَ، وَأَصْحَابُ ابْنِ الْقَاسِمِ. وَإِنْ كَانَ ذِيْنُهُ أَلْفًا وَنَاضَهُ خَمْسَمِائَةَ، فَأَوْصَى لَغَرَمِهِ بِمَا عَلَيْهِ، فَإِنْ كَانَ قِيَمَتُهُ أَكْثَرَ مِنَ الثَّلَاثِ وَلَمْ يَجْزِ الْوَرْثَةُ، تُخْلَعُ الثَّلَاثُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ، وَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يَجْبِسُوا وَصِيَّتَهُ فِي دِينِهِ حِينَ حَالَتْ ؛ لِأَنَّهُ مَعْسَرٌ. وَلَهُمْ ذَلِكَ عَلَيْهِ، فِي الْمَوْسَرِ - يَرِيدُ : إِنْ كَانَ حَالًا - . وَلَوْ لَمْ يَدْعُ غَيْرَ الدِّينِ، وَأَوْصَى لِمَنْ هُوَ عَلَيْهِ، كَانَ لَهُ ثَلَاثَةُ بَلَا تَقْرِيْمٍ. فَإِنْ كَانَ لَهُ غَيْرُهُ، وَلَا يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ ؛ فَإِنْ لَمْ يَوْصَ بِوَصِيَّةٍ غَيْرِهِ وَهُوَ حَالٌ، حُسِبَ عَلَيْهِ عَدُّهُ. وَلَوْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَلَهُ مَالٌ سِوَاهُ، فَلَا يَدُ أَنْ يُقَوَّمْ؛ أَوْصَى بِغَيْرِهِ، أَوْ لَمْ يَوْصَ ؛ حَلٌّ، أَوْ لَمْ يَحُلْ. قَالَ : وَإِنَّمَا الَّذِي لَا يُقَوَّمُ؛ أَنْ يَوْصِيَ بِهِ لِمَنْ عَلَيْهِ، وَأَوْصَى لَغَيْرِهِ، أَوْ لَمْ يَوْصَ. وَلَيْسَ مِثْلُ أَنْ يَوْصِيَ لَغَيْرِهِ، أَوْ يَوْصِيَ مَعَهُ لَغَيْرِهِ. وَقَدْ قِيلَ : / إِذَا أَوْصَى مَعَهُ لَغَيْرِهِ فَوْقَ الْحَصَاصِ قُطِعَ لِلْمَدْيَانِ بِمَا قُطِعَ لَهُ فِيمَا عَلَيْهِ، وَكَانَ الْآخَرُ شَرِيكًا فِي كُلِّ شَيْءٍ. وَلَوْ أَنْ عَلَيْهِ عَشْرِينَ⁽¹⁾ حَالَةً وَتَرَكَ الْمَيِّتَ ثَلَاثِينَ، وَأَوْصَى بِالْأَدِينِ لِمَنْ هُوَ عَلَيْهِ، وَلَمْ يَوْصَ لَغَيْرِهِ، أُسْقِطَ مِمَّا عَلَيْهِ سِتَّةَ عَشَرَ وَثَلَاثَانَ، وَاتَّبَعَ بِمَا بَقِيَ. وَإِنْ لَمْ يَحُلْ فَهُوَ كَالْأَجْنَبِيِّ، وَيُقَوَّمُ فِي قَوْلٍ مِنْ يَقُولُ بِالتَّقْوِيمِ وَإِنْ حُلَّ إِذَا كَانَ عَدِيمًا. وَأَمَّا فِي الْمَلِيِّ، فَلَا تَقْوِيمَ إِذَا حُلَّ. وَإِنْ كَانَ عَدِيمًا فَهُوَ كَالْمَوْجَلِّ، وَلَا يَدُ أَنْ يُقَوَّمْ.

41/16

وإذا أوصى الميت لغيره بالثلث، وقيمة الدين خمسة عشر نقداً، فالثلث بينهما نصفان ؛ لأنَّ حَمْلَةَ التَّرَكَةِ خَمْسَةٌ وَأَرْبَعُونَ دِينَارًا، مِنْهَا خَمْسَةٌ عَشْرٌ ؛ قِيَمَةُ الدِّينِ، وَهُوَ الثَّلَاثُ، فَسَقَطَ عَنْهُ نِصْفُهُ، وَيَكُونُ الْآخَرُ شَرِيكًا لِلْوَرْثَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ فِي خَلْعِ الثَّلَاثِ، فَمَا نَابَهُ مِنَ الْعَيْنِ أَخَذَهُ، وَيَكُونُ الْآخَرُ شَرِيكًا لِلْوَرْثَةِ فِي كُلِّ شَيْءٍ. فَإِذَا حُلَّ مَا عَلَيْهِ أَخَذَ مِنْهُ الْوَرْثَةُ وَالْمَوْصِي لَهُ بِالثَّلَاثِ مَا بَقِيَ لَهُمْ فَتَحَاصُّوا فِيهِ. وَقَدْ تَقَدَّمَ بَيَانُ هَذَا.

(1) فِي الْأَصْلِ، عَشْرُونَ بِالْوَاوِ لَا بِالْيَاءِ.

وإن ترك عشرةً عيناً وعشرةً ديناً على مليء، وعشرةً على معدم، وأوصى لرجل بما على المعسر، ولآخر بما على الموسر، ولم يَجْزِ الورثة. فليتحصاً في ثلث الدين والعين بعد تقويم الدين على ما هو عليه، على أن يُقْبَضَ في أجله، ويُقَوِّمَ الذي على المليء إن لم يَحُلْ. وإن حلت أحضرها، وكان كالعين. وقد تقدمت مثل هذه المسألة، وتمام شرحها.

ابن المواز : وإنما يؤخذ من المعدم ما وقع له من العين إن كان ما عليه قد حل. وإن لم يحل سلّم إليه بغير حميل. ولو أوصى لكل واحد بما عليه وقد حلتا لقطع / لكل واحد بنصف ما عليه، إلا أن يكون ما على المعدم لا يُرجى فلا تُحَسَّبُ له قيمة. ويُقَطَّعُ للآخر بثلثي عشرته.

قال : ولو لم تُحَلَّ العشرتان، فلا بد من خلع الثلث، والحصاص في كل شيء، إلا أن يكون لم يدع غيرها، فليُقَطَّعْ لكل واحد بثلث ما عليه إذا اعتدل ما أوصى به في كل عشرة للآخر. وأما إن اختلفت لك، وجميع ما سمى أكثر من الثلث، وهذا يكون فيه؛ يُقَطَّعُ فيه الثلث مشاعاً، ويتحصان⁽¹⁾ بالقيمة. وكذلك لو كانت له سوى العشريتين، أو اعتدلت الوصيتان⁽²⁾، وضاق الثلث.

وقال المغيرة وابن وهب : إذا كانت له مائة على مليء ومائة على معدم، وله مائة عين، وأوصى لرجلين بالمائتين الدين. فلتَقَوِّمَ المائتان؛ حتى يُعرَفَ كيف يتحصان.

وقال نحوه ابن كنانة وقال : فإن لم يَجْزِ الورثة فللموصى لهما ثلث الميت من العين، ومن كل مائة؛ كانا عديمين أو أحدهما، أو مليئين يتحصان فيه. وقاله ابن القاسم، وقد تقدم تفسيرها.

قلت لمحمد : وقد كنا نعرف من قول مالك إذا أوصى بما على المليء للمعدم، وبما على المعدم للمليء⁽³⁾، وله مائة ناضة، أن لكل واحد ثلث المائة الموصى له بها،

(1) في الأصل، يتحصان بثبوت النون.

(2) في الأصل، واعتدلت الوصيتين.

(3) في الأصل، قدم الناسخ المليء على المعدم سهواً وسياق الكلام يقتضي ما أثبتناه.

ويكون ثلث المائة بينهما نصفين. قال : كنت أقول به، وقال به من أَرْضَى، ثم رأيته لا يعتدل. وإن اعتدل إذا حلتا لم يعتدل إن لم يحلا، أو حل أحدهما؛ لأنك تجعل للمُعَدِّم نصيبه من العين، ويُقَطَّعُ له مما عليه، فقد استوفى وصيته ولم يستوفِ الورثة مآلهم. والصواب أن يُقَطَّعَ لهما بثلث كل مائة / يتحصان في ذلك عن القيم؛ أوصى بذلك لمن هو عليه، أو لأجنبي.

قال : ومن أوصى لرجل بعشرة دنانير، وله مائة دينار ديناً ليس له غيرها، فقبض من المائة عشرة. أُيخِّرُ الورثة ؟ قال : لا، لأنه قد عرف أن الذي له دَيْنٌ، فقد أشركه في المائة بعشرة، لم يقل من أولها ولا من آخرها ؛ فقد أوصى بعشرها. ولكن لو كان من الميت شيء يدل على التبرئة وقع التخيير. ولو قبض من المائة ثلاثين، لم يُعْطَ هذا منها إلا عشرها. ولو كان الميت قبض منها خمسة عشر، قبل يموت، أو كان عنده قبل موته من غيرها خمسة عشر، تُخَيَّرُ الورثة بين دفعها أو القطع بالثلث كله. وكذلك لو كانت خمسة تُخَيَّرُوا بين دفع الخمسة، ويكون شريكا فيما بقي بالخمسة، أو القطع له بالثلث بتلاً. وإن أوصى بعق عبده، وسائر ماله دينٌ ؛ فإن كان ديناً يُرْتَجَى قريباً، انْتَظَرَ بالعبد، وإن بَعُدَ اقْتِضَاؤُهُ⁽¹⁾، عُتِقَ ثلث العبد مكانه، وأنْتَظَرَ بثلاثيه، فكلما اقتضى شيئاً عُتِقَ قَدْرُ ثلثه.

فيمن أوصى بعق وله على وارثه دَيْنٌ، أو بمال لرجل عليه دَيْنٌ

من كتاب ابن المواز، وعن امرأة تركت زوجها وابنها وتركَت مُدَبَّرَةً في الصحة، أو موصى بعقها ؛ قيمتها مائة ولها مائة على زوجها وهو عديم، فالمال بينهما على ستة أسهم، فسهمان للأمة ؛ وهو الثلث. وللزوج ربع ما بقي ؛ وهو واحد. وثلاثة للإبن. فأزِلْ سهم الزوج؛ لأن عنده أكثر من حقه، وتبقى خمسة / يُقَسَّمُ عليها ما حضر بين الأمة والإبن للإبن ثلاثة، وسهمان للأمة، فَيُعْتَقُ خمساً

(1) في الأصل، وأن يعد قضاؤه والصواب ما أثبتناه.

الأمة. ثم كذلك كل ما قبض من الزوج من ثلثي المائة الباقي عنده. وكان للإبن ثلاثة أخماسه، وخميساه يُعْتَق فيه من بقية الأمة حتى يكمل عتق ثلثها، ويكمل للإبن مائة وهو الذي له من التركة. ويبقى للزوج ثلث المائة ؛ وهو حقه.

قال أصبغ، في كتاب ابن حبيب : وإن تركت مع ذلك مائة، عُتِقَ أربعة أخماس الأمة ؛ لأن الفريضة من ستة؛ سهمان للأمة، وسهم للزوج فأسقطته، وثلاثة للإبن. فيُقَسَّم ما حضر - وهو مائتان - بين الأمة والإبن على خمسة. فللأمة خمس المائتين وهو ثمانون يُعْتَق منها. وللإبن المائة الباقية، وعشرون في الأمة، ويسقط عن الزوج مما عليه بمقدار ما كان يرث من المائتين. وذلك ثلث المائة. ثم كلما تقوضي من الزوج شيء مما بقي عليه، عُتِقَ من المدبرة خمس ما يُقْبَضُ منه. فإذا تم عتق الأمة، بقي للزوج خمسون مما عليه، وهو حقه، وصار للولد خمسون ومائة، وهو حقه.

ومن كتاب ابن المواز : وإن لم يُتْرَكْ غير المدبرة - وقيمتها مائة - وعلى الزوج أربعمائة، عُجِّلَ عتق خمسي المدبرة. ولو كانت الأربعمائة على الإبن، عُجِّلَ عتق ثلثي المدبرة، لأن ما حضر من التركة - وهو المُدْبِرَةُ - بين الزوج والمُدْبِرَةِ؛ سهمان لها، وسهمٌ له؛ لا تبالي قَلَّ الدين الذي على الإبن أو كثر - يريد : إلا أن يكون عليه أقل من حقه فيُحَاصُّ فيما حضر بما بقي له.

ولو ورثها ابنان وزوج، وعلى أحد الإبنين دين - قَلَّ أو كثر - عُجِّلَ من عتق الأمة / أربعة أتساعها؛ لأن الفريضة من اثني عشر للأمة الثلث؛ أربعة. وربع ما بقي ؛ للزوج سهمان، ولكل ابن سهمان، فأسقط سهم الإبن المديان، تبقى تسعة؛ أربعة منها للأمة. ولو كان الدين على الزوج، عُجِّلَت عتق خمسها.

ولو تركت ابناً لها عليه مائة، وزوجاً لُعْتِقَ ثلثا الأمة، ويبقى ثلثها للزوج. وعند الإبن حقه؛ فكل واحد أخذ حقه. ولو كان على الزوج دين، مثل ما لزوجته عليه، فإن مصابته من الأمة وهو السدس نصفه في دين الأجنبي، ونصفه بين الإبن والأمة على خمسة على ما ذكرنا. وروى أبو زيد، عن ابن القاسم؛ إذا تركت

مُدَبَّرَةٌ، - قيمتها مائة وخمسون - ولها على الزوج مثلها، وتركزت زوجها وأخاها، فإنه يُعَجَّلُ عتق نصف الأمة؛ لأن لها ثلث بقيتها. وثلث للزوج، وثلث للأخ؛ فيؤخذ ثلث الزوج فيما عنده من الدين، فيكون بين الأخ وبين الأمة نصفين. ويبقى على الزوج - فاضلاً عن حقه - خمسون للأخ وخمسون للمدبرة فيعمل الأخ في سهمه ما شاء؛ من بيع وغيره، ويُعَجَّلُ بيع ما للمدبرة عليه، بعرض أو غيره، ثم يباع بعين ويُعطى للأخ ليعجل عتق ما قابل ذلك منها.

قال ابن القاسم : وهذا أحب إلي من أن يُنْسَأَ ذلك على الخروج، فيورث عنه، أو يُباع، أو يُفْلَسَ. ولو كان الزوج غائباً بعيد الغيبة لا يُعرَفُ حاله، لم يُبْعَ مما عليه شيء إلا أن يكون قريباً يُعرَفُ ملاؤه من عدمه. ولو لم يُبْعَ مما عليه شيء، ولا أيسر، حتى حالت قيمة / المدبرة بزيادة أو نقص، ثم أيسر، لم تُؤْتَفَ فيها قيمة، والقيمة المتقدمة كحكم نفذ. فلو ماتت الأمة قبل ذلك، فإن ما كان لها على الزوج للإبن كله. ولو استوفى من الزوج وقد زادت قيمة الجارية حتى صار قيمة ثلاثة أخماسها، أكثر مما كان لم يُنْظَرُ إلى ذلك، ولم يُعتَقَ منها تمام الثلثين؛ زادت قيمته أو نقصت. ولو يُبْسَ مما على الزوج فباع الإبن ثلاثة أخماسها، ثم أيسر الزوج، فليُقْضَ من ذلك البيع تمام ثلثها، فتعتق، زادت قيمتها أو نقصت، ويرد الإبن على المشتري حصة ذلك، ولا يُمنع الإبن ولا الأخ من بيع ما بيده منها، ولو لم يوأس من الزوج بغيره أو موت، ولكن إذا شاء ذلك الإبن بُدِيَ بيع ما للمدبرة على الزوج ليعجل عتقها منه، ويأخذ الإبن منه ثمنه، ثم يطلق يده في بيع ما بقي له فيها، إلا أن يوأس من الزوج بغيره أو موت، فللإبن تعجيل بيع جميع ما بيده منها، ثم إن طرأ للزوج مال، نُقِصَ من ذلك البيع ما يعم به عتق ثلثيها. ولو لم يكن عتق، وكانت وصية بمال لرجل، أو صدقة، أو حبس، وعلى أحد الورثة دين، فالجواب مثل ما تقدم في العتق سواء، ويُخَاصُّ ذو الوصية الوارث الذي لا دين عليه فيما حضر. وسواء كانت الوصية بدنانير بعينها، أو بغير عينها، فهو سواء عند مالك وأصحابه، إلا ما ذُكِرَ عن أصبغ، في الوصية بالمال، وضيق الثلث أنه إنما يُخلَعُ الثلث في الغاء، إذا كانت / الوصية بمال بغير عينه.

قال محمد : وقول مالك أبيّن في الصواب، وقد تقدم هذا. وهذا الباب كُتِبَ
أكثره في كتاب المدر.

ومسألة من أوصى لرجل بمال يتجر به وله عليه دين ؛ تقدمت في باب
تقدم.

ومسألة من أوصى لرجل بمال هو عليه قد تقدمت في باب : الوصية بالعين
والدين.

فيمن أوصى بثلثه أو بالعتق هل يُباع ماله أو يُقَوَّم ؟
وكيف إن أوصى بشيء أو بجزء شائع ؟
وذكر ما يجري فيه القسّم في ذلك، أو بين الورثة

من العتبية⁽¹⁾ روى أشهب عن مالك، فيمن أوصى بثلثه للمساكين، وله
أموال ودار ومنزل، فطلب الورثة أن يُقَوَّم ذلك عليهم، وخافوا أن يزايدهم في دار
أيهم شركاؤهم.

قال : هم كالشركاء، ويُقَطَّع للميت ثلث الدار، وثلث المنزل وثلث كل
شيء. ولا يقام، وإنما يُجَبَّر الشركاء في الربع على القسم.

وروى عيسى عن ابن القاسم مثله في كتاب ابن المواز فيمن أعتق عند
الموت، أو ترك مُدَبَّرَيْن، فطلب الورثة تقويم التركة، وقال المُدَبَّرُونَ وأهل الوصايا:
البيع أنفع لنا في الثلث، فذلك لهم. ولو طلب الورثة البيع أيضاً، لكان ذلك
لهم ؛ مَنْ طلب البيع أولى مَنْ طلب التقويم. وأما الورثة فيما بينهم ؛ فَمَنْ طلب
القَسَمَ فيما ينقسم فهو أولى، وإلا فالبيع. وليس لمن طلب المقاواة في ذلك قول إلا
باجتماعهم. وكذلك الشركاء.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 32.

قال في العتبية : وأما ما لا يَنْقَسِمُ، فالبيع أولى لمن طلبه إلا أن يقاوي صاحبه، / ويأخذه بما بلغ. وروى عنه أصبغ مثله، وقال به، إلا في المُدْبَرِّين وأهل الوصايا، فأبوا القيمة، فليس ذلك لهم. والقيمة بالعدل قيمة البيع أنصاف. 44/16 ظ

وليس للوصي أن يتغني لهم الأسواق، ولا على الوصي الزيادة الخاصة؛ فالقيمة أعدل بينهم.

ومن كتاب ابن المواز قال أصبغ : والقيمة في الوصايا والعتق أحب إلي؛ قيمة عدل، وليس على الوصي والورثة أن يبيعوا في السوق.

قال ابن المواز : ما إن كانت وصية فيما لا ينقسم، ولا يتجزأ مع غيره، كالمدير، أو الوصية بالعتق، أو بعبد، أو بشيء بعينه، فالقيمة أعدل بينهم وبين الورثة. وإن كان ما قال ابن القاسم أَقْسَمَ، ولكن الضرر في ذلك أكثر منه في البيع.

وقد أجاز مالك القيمة. وأما إن أوصى بثله، فالتقسُّم أولى من القيمة ومن البيع، ويُقَسَّم ما يُقَسَّم. وأما ما لا ينقسم فالبيع أولى، إلا أن يتراضوا على المقواة. قال : وقد قال : ثم ذكر ما ذكرنا من رواية أشهب؛ أول الباب.

قال : وقد روى ابن وهب، عن مالك، فيمن أوصى لرجل بعبد، أو ثوب، فليُخْرِج ذلك بالقيمة، ولا يُنْظَر إلى ما يُعْطَى به.

وروى ابن حبيب، عن أصبغ، في خلع الثلث للمُدْبَرِّ والوصايا؛ أنه إن أحب الورثة تقويم المال كله، وعزَّل الثلث، قُوِّم ما ينقسم وما لا ينقسم. وإن أبوا إلا أن يبرؤوا من الثلث في كل شيء، فما كان ينقسم قُسِمَ، ثم بيع الثلث على حدة، وما كان لا ينقسم بيع. وأما الورثة فيما بينهم ؛ فما اجتمعوا عليه من بيع، أو قَسَمَ، أو مقواة ؛ فعلوه، / وما اختلفوا ؛ قَسَمَ بينهما ما ينقسم، مع ما لا ينقسم، كالشراء. وإذا حملوا على البيع، بيع في الأسواق، ولا يُجْبَرُوا على المزايدة إلا أن يشاؤوا. 45/16 و

ومن المجموعة، روى ابن وهب، وابن نافع، عن مالك، فيمن أوصى بعق عبده، أو أوصى به لرجل؛ فليَقَوْمَ، ولا يوقَفَ للمزايدة. قال عنه ابن وهب: لا يُنْظَرُ إلى ما يُعطى به، وما بقي من ماله فإنما يبقى بالقيمة.

وقال ابن كنانة: إذا طلب الموصي له القيمة، وقال الورثة: يُصَاحُ عليه فالقيمة أعدل. وإن أوصى بعق ثلث عبده، وأوصى بوصايا، وباقي الثلث للفقراء، فلا يُحتاج إلى تقويم العبد لأن ثلثه يُعتَقُ⁽¹⁾؛ قل المال أو أكثر.

قال عليّ عنه في الموصي بوصايا فيها عتق رقيق إلى أجل: يُقَوِّمون يوم موته، فيُخْرِجون من الثلث، ولا يُعتَقون حتى يتم الأجل.

وفي الموصي بثلثه للمساكين، وترك عقاراً ورباعاً؛ فإن كان خيراً للمساكين أن يباع لهم ثلثهم مقالاً، فَعِلَ ذلك. وإن كانت القيمة أعدل، فَعِلَ لهم ما هو خير لهم. قال عنه ابن القاسم في سماعه، في الرقيق يوصي بعقهم فيمرض بعضهم؛ قال: يُقَوِّم مريضاً، ولا يُؤَخَّرُ حتى يصح خوف أن يموت إذا اجتمع المال.

قال مالك في كتاب ابن المواز: إن مرض بعد موت سيده مرضاً شديداً فخير عليه أن يُعتَقَ إذا بَيَّنَّ أن يخرج من الثلث. ولا يُؤَخَّرُ بعد اجتماع المال، ولا يُعَجَّلُ لمرضه قبل اجتماعه.

ومن العتبية⁽²⁾، روى أشهب، عن مالك، في الموصي بعق، أَيْتَقَّ حين يموت الموصي أو حتى يُقَامَ؟ قال: أما مَنْ لا شَكَّ أنه يخرج / من الثلث لكثرة المال، فهو حُرٌّ بموت الموصي، ويُوَارِثُ الأحرار من يومئذ.

45/16 ظ

(1) في الأصل، لأن ثلثه تعتق وهذا الاستعمال تكرر عند المؤلف في أماكن عدة.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 54.

في الرجل يوصي بوصايا فيتكلف نفقة
في اقتضاء ديونه وجمع تركته على من يكون؟
أو يوصي بعبد أو غيره، فيتكلف في إحضاره نفقة
وذكر النفقة عليه، أو على العبد الخدم. وأين يُقَوَّم؟

من العتبية⁽¹⁾، من سماع أشهب، ونحوه في المجموعة، من رواية ابن نافع، عن مالك، وفي كتاب ابن المواز، رواية ابن عبد الحكم، عن مالك، فيمن أوصى لرجل بثلاثين ديناراً، وآخر بثلاث ثلثه، وآخر بباقي الثلث، والتركة ديون، فأنفق في الإجارة على تقاضيتها عشرة دنانير، فإن كان في الثلث فضل، فالثلث في ذلك الفضل، لا على الموصي للموصى له.

قال سحنون، عن ابن نافع : وإن لم يكن في الثلث فضل، فالثلث في ذلك الفضل، فذلك عليهم في حظوظهم. قال مالك : وإن كان ثلث المال تسعين ديناراً، والمال دين، فاستؤجر على تقاضيه، فليُخَرَجَ من أصل المال، ثم يُعطَى من ثلث ما بقي ثلاثين لصاحب الثلثين، ثم لصاحب ثلث الثلث بعد زوال العشرة من رأس المال. ولصاحب ثلث الثلث ثلث العشرة، على صاحب الثلثين وصاحب بقية الثلث.

وقال ابن نافع : بل يدخل على جميعهم صاحب الثلثين وغيره. والذي ذَكَرَ عن مالك هذا، قوله القديم، حين كان يقول : يُبَدَأُ بالتسمية على الأخرى. قال : / وقد كان قال، في الموصي بالثلث، وآخر بثلاث الثلث، وآخر بعشره :
إنهم يُعَاوَلُونَ.

ومن كتاب ابن المواز، فيمن أوصى لرجل بشيء، فكان يتكلف فيه مؤنة حتى يحضر. على من ذلك ؟ وعلى من يجعل التقويم إن كان ؟ قال منه ما هو على الموصى له، ومنه ما هو على الورثة، ومنه ما هو بينهما. فإذا أوصى له بعبد أو

(1) البيان والتحصيل، 13 : 18.

دابةً وذلك غائبٌ، فعلى الموصى له النفقة عليه دون الورثة. وإنما يُقَوَّمُ بالموضع الذي هو فيه، إن كان ذلك أرفع لقيمته، مثل العبد الحرث بموضعه، أو عامل في النخل، أو تاجر لا منظرة له، ثم لا يَحِلُّ كتمان ذلك من أمره. وقاله مالكٌ، ورواه أشهب عنه، وغيره، وقاله أصبغٌ.

ومن العتبية⁽¹⁾، قال مالكٌ، من رواية أشهب : وإن أوصى له بعبد آبق، أو جَمَلٍ شارد، فجيءَ به بجُعَلٍ، فذلك على الموصى له به. وكذلك إن أوصى بوسقٍ من نخله بخَيْرٍ، فعليه كراء ذلك وطلبه. وكذلك بعبد في بلد كذا، أو بجَمَلٍ في صحراء بني فلان، فليُخْرَجَ إليه الموصى له، أو يُؤَاجَرُ على ذلك. ولا شيء على الورثة، إلا أن يقولوا : نحن نريد تقدُّمَ به المدينة ؛ نقومه بها. فإن كان ممن له القيمة بموضعه مثل رقيق المال، قَوَّمْ بموضعه، ولم يُجَلَّبْ، وجلبه على الموصى له بنفسه. أو يذهب، فيأخذه هناك. وإن لم يكن له هناك قيمة، فشاء الورثة جلبه ليقوِّمَ بالمدينة؛ فمُؤَنَّةٌ جلبه في مال الميت، ولا شيء على الموصى له به، وليأخذه بالمدينة.

ومن كتاب ابن المواز : ونفقة العبد الموصى به للعتق، أو لرجل. / أو دابة 46/16 ط
أوصى بها في السبيل، أو لرجل ؛ فالنفقة على ذلك من مال الميت إن كان يحسن ذلك وجه.

قال : ونفقة الموصى بخدمتها لرجل حياته، ثم برقبها لآخر، أو تصدَّق بها كذلك، فنفقتها على المخدم، وما ولدَتْ فهم معها في الخدمة والنفقة. فإذا مات المُخْدَمُ، أخذهم الذي له مرجع الرقة.

قال أصبغ : وكذلك لو ماتت الأمة، فولدَها بمنزها، فإن أُنَى أن ينفق عليهم المُخْدَمُ، وقال : لا حاجة لي فيهم رُدُّوا إلى سيدهم.

قال محمد : هذا إذا لم يَقْبَلْ. فأما إن قبل الوصية، فقد لزمته النفقة عليهم شاء أو أُنَى.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 41.

قال أصبغ : وله ألا يقبل، فَيُرَدُّوا إلى سيدهم الذي كان أخدمهم حياة المُخْدَم؛ فإذا مات المُخْدَمُ رجعوا إلى صاحب مرجع الرقبة.

قال محمد : وكذلك لو كان ذلك في صحته ؛ يرجعون إلى السيد. فإذا مات المُخْدَمُ أخذهم صاحب المرجع ما لم يُفْلَسِ السيدُ أو يَمُتْ⁽¹⁾، فلا شيء لصاحب الرقبة. ولو مات السيد هنا، أو فلس، فمرجع الرقبة لمن جُعِلَ له المرجع.

في مال العبد الموصى به لرجل أو بعته أو المُدَبِّر أو المعتق إلى أجل وفيما أفاد بعد الموت، أو قبل موته

وهذا الباب قد جرى مُستوعباً في كتاب العتق.

من المجموعة، ابن وهب، عن مالك، في العبد الموصى بعته مثل المُدَبِّر؛ يُقَوِّمُ بماله في الثلث، فَيُعْتَقُ جميعه أو بعضه، ويقرُّ ماله كله في يده، ولا يُحدث فيه شيئاً، إلا ما يأكل ويكتسي بالمعروف.

قال ابن كنانة : يُقَوِّمُ بماله. ولو أوصى له سيده بعشرة / دنانير، لم يُقَوِّمُ بها ويبدأ برقبته في الثلث، ثم يكون في العشرة أسوة أهل الوصايا. وإن ضاق الثلث عنه، قَوِّمَ فيه بغير العشرة.

قال فيه، وفي العتبية⁽²⁾ ؛ في سماع ابن القاسم : ومن أوصى بعده لرجل، وللعبد مالاً، فماله للموصى له برقبته، كالعتق بخلاف الهبة والصدقة. ثم رجع.

قال ابن القاسم، فيه، وفي العتبية⁽³⁾، من رواية عيسى : ولو مات العبد قبل النظر في الثلث فماله للموصى له، يُخْرَجُ من ثلث ما بقي.

(1) في الأصل، أو يموت والصواب ما أثبتناه لأن التقدير ما لم يفلس السيد أو ما لم يموت.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 100.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 100.

ومن كتاب ابن المواز، قال ابن وهب، عن مالك، في العبد الموصى به لرجل : لا يتبعه ماله، ولا في الهبة، ولا في الصدقة، ولا في البيع، ولا في الرهن، ولا في شيء، إلا في العتق لجميعه، أو لبعضه، وفي الكتابة، والجناية.

قال ابن القاسم : وفي الوصية.

قال محمد : وهو قول مالك وأصحابه إنه لا يتبعه. قال : وهو كالجنان⁽¹⁾ تُؤبَرُ تمرُّه قبل الموت.

قال في العتبية⁽²⁾، أشهب، عن مالك، فيمن وهب عبداً لرجل ؛ للثواب، أو لغير ثواب، أو تصدَّق به، أو أوصى به لرجل : فإن ماله لا يتبعه مثل البيع، وأما إن كانت له الكسوة والشيء اليسير، فذلك له. ولأنه من الضرر.

قال سحنون : وهذا خير من قول ابن القاسم.

قال ابن القاسم، عن مالك، فيمن أوصى بعتق عبده : إن عبداً عبده تبع لهم يسترقونهم.

ومن المجموعة، قال ابن القاسم، عن مالك، فيمن ترك مُدَبِّراً، قيمته مائة دينار، ويبد المُدَبِّر مائة، وللسيد مائة : إنه يُعتَق نصفه، ويُقَرُّ ماله بيده. ولابن القاسم قول في هذا الباب، قد ذكرناه، في كتاب : المُدَبِّر. والصحيح ما / قال مالك.

قال ابن القاسم : ومَن دَبَّرَ عبدَيْن، في وقت واحد، بكتاب واحد، فمات ولم يَدْعُ غيرَهما. وقيمةُ أحدهما بماله ستون، وقيمة الآخر ثلاثون. ويُعتَقُ ثلثُ كل واحد منهما.

(1) الجنان في أصل اللغة جمع جنة وهي الحديقة ذات الشجر وسميت بذلك لسترها الأرض بظلالها وفي الإستعمال المغربي والأندلسي تستعمل لفظة الجنان استعمال المفرد فيقال مثلاً جنان خصب وحنان مشترك بين شخصين وهكذا فهو في هذه الحالة مثل الرياض الذي يستعمل استعمال المفرد رغم أنه في أصل اللغة جمع للروضة.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 44.

قال فيه، وفي العتبية⁽¹⁾، من رواية عيسى، في مريض له عبدٌ، يسوى مائة دينار ويبيده مائتا دينار، فأخذ منه سيده في مرضه المائتين وأعتقه، ولا يملك غيره، ثم مات : إن العتق يعم له بخلاف أن لو أوصى بعتقه، أو بثلثه، ولم يأخذ ماله هذا بعتق ثلثه. ويُقرُّ المال بيده.

قال، في المجموعة : ولو أوصى بعتقه، أو أن تُؤخذ منه المائتان، ويُعتق، لعتق أيضاً جميعه. يريد : أن المائتين تصيران من تركة الميت حين أمر بنزعهما، ويصير المدبرُّ يحملهُ الثلث.

ومن كتاب ابن المواز، قال ابن القاسم : ويقوم المدبرُّ والمُبتلُّ في المرض بما كان لهما من مال قبل موت السيد، وبما ربحا فيه بعد موته. ولا يقوم معهما ما أفاد بعد موته. وهو لهما. وكذلك ما أفاد الموصى له بالعتق، أو لرجل بعد موت سيده ؛ لا يقوم معهما، وهو لهما. وما استحدث السيد من دين، يصير المبتلُّ في المرض.

وأخذ ابن عبد الحكم بقول أشهب في المال والثمرة ؛ يحدث بعد موت السيد.

ابن القاسم : وما كسب الموصى به لرجل بعد موت سيده من خراجه فهو للموصى له به مع رقبته.

قال أشهب : وإن خرج بعضه، فماله من خراج، وغيره موقوف بيده.

قال أشهب : وليس للورثة انتزاع مال الموصى بعتقه، قبل أن ينفذوه⁽²⁾. إلا أن يوصي / بعتق إلى أجل، فلهم انتزاعه؛ ما لم يقرب الأجل. وبه قال ابن المواز ؛ كما كان لسيده.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 108.

(2) في الأصل، قيل ينفذوه بإسقاط أن ومثل هذا الإسقاط كثير عند المؤلف في كتابه هذا اعتماداً على أنه مفهوم بالضرورة.

وقال ابن عبد الحكم : ليس للورثة انتزاع مال المعتق إلى أجل.

قال مالك : وغلة المُدَبَّرَةِ لسيدها، كخراجها.

قال محمد : يريد وإن لم يقبضه حتى مات أو مرض. قال : ومهرها كإلها.
قال : وكذلك العبد يُتَلَّ عتقه، أو يقرب أجل الموصي، فليس خراجه كإله، ولا يتبعه خراجه من هذا. قال : والمُتَلَّ في المرض يموت مكانه، أو الموصي بعتقه يموت بعد موت سيده قبل التقويم وله ورثة أحرار، فإن كانت له أموال كثيرة مأمونة ورث الأحرار، وإلا فلا، وإن خرج بعد ذلك من الثلث. وإن مات الموصي به لرجل بعد موت الموصي، فذلك للموصي له. وأما إن لم يكن للسيد مالاً مأموناً، فكل ما ترك من ماله قديم، أو أفاد بعد موت الموصي، ولم يدع مالا مأموناً، وقد أوصى به لرجل أو للعق، فذلك لورثة سيده، وكانت الوصية فيما بقي من رقبته فقط. ولكن لو جنى هو لم يُتَتَّطَرَّ به التقويم. فإن خرج من الثلث، أثبعت بدية الجناية في ذمته وماله إن كان موصى بحريته، وإن كان موصى به لرجل خُيرَ فيه؛ أيفديه أو يُسَلِّمه؟

وفي الباب الذي يتلو هذا ؛ أن العبد المُخَدَّم ؛ يتبعه ماله.

في الأمانة الموصى بعقها أو المُدَبَّرَةِ تلد قبل موت السيد أو بعده وولد الموصى يبيعها أو المحلوف بها أو الغنم الموصى بها تلد

من المجموعة، ونحوه من كتاب ابن المواز، قال ابن القاسم، عن مالك، في ولد الموصى / بعقها، أو لفلان : إن ما تلد قبل موت سيدها رِقُّ لورثته ؛ لأن له أن يرجع في وصيته. وما ولدت بعد موته فهو يتبعها في العتق بالخصص، كولد المُدَبَّرِ، ويكونان⁽¹⁾، أو ما خرج من الثلث منها للموصى له. وإن ماتت الأم بعد

(1) في الأصل، ويكونا يحذف النون.

موت السيد، قبل يُقام في الثلث، فإن ولدها يعتقون في الثلث في المعتقة. وكذلك لو أوصى وهي حامل أنها حرة، وأن ولدها مملوك، فوضعت بعد موته، فليعتق معها، ولا يجوز استثنائه. فإن وضعته بعد أن وجب لها ذلك بموت سيدها فهم أحرار معها بالحصص. وولد المُدْبَرَة قبل موت السيد وبعده بمنزلتها.

قال مالك : وما ولدت الموصى بعقتها قبل موت السيد فريقيق.

قال محمد : ويُعتق في قيمتها وقيمة الولد مع سائر التركة.

قال محمد : وولد المُدْبَر من أمته قبل موت سيده وبعده بمنزلته. كذلك المُدْبَرَة، وكذلك ولد التي يحلف بحريتها لَيَفْعَلَنَّ كذا؛ تلد بعد اليمين، وقبل الحث هو بمنزلتها؛ يعتقون معها بالحصص في الثلث. وإن حلف في أمة لبيعتها. فولدت بعد اليمين فباعها، فلا حث عليه، وذلك جائز إن بلغ الولد حدَّ التفرقة. ولو مات قبل بيعها ؛ عتقت في الثلث مع ولدها، أو ما حُجِلَ منها.

ومن المجموعة، قال مالك : ومن أوصى أن تُباع أمته مِنَّن أَحَبَّتْ، وكانت حاملاً، فتأخر ذلك حتى وضعت، فولدتها معها في الوصية. وإن أوصى في النصرانية؛ أنها حرة ؛ إن أسلمت. ففُقِلَ عنها بعد موته حتى ولدت، ثم عُرضَ عليها الإسلامُ فأسلمت ؛ / فإن ولدها يُعتق معها. كما لو قال : إن أدت عشرة دنائير، أو : إن رضي أبي. ففُقِلَ عن ذلك حتى ولدت، ثم أدت العشرة، ورضي الآن ؛ فإن ولدها حرٌّ معها، ولا يُعَجَّلُ بيعها إن أبت العشرة حتى يُرَدَّدَ عليها فتأبى. ولها أن ترجع ما لم ينفذ فيها حكمٌ ببيع أو قَسَمٍ.

قال ابن المواز : وإن أوصى أن يُحَجَّ عنه بثمن جارية فولدت بعد موت الموصي ؛ فإن ولدها داخل في الوصية.

قال سحنون، فيمن أوصى لرجل بعشر شياه من غنمه، فمات وهي ثلاثون، ثم ولدت بعده، فتمت خمسون : فإن له خمسها. واختلف فيها قول أشهب ؛ فقال هذا مرة، وقال أخرى : إن له من الأولاد بقدر ما له من الأمهات ؛ إن

كانت الأمهات عشرين، أخذ عشرةً من الأمهات، ونصف الأولاد ؛ حملها الثلث، أو ما حمل منها، وما يصيبها من الولد. ولو ماتت كلها إلا عشرةً أخذها كلها إن حملها الثلث.

وقال البرقي، عن أشهب، فيمن أوصى لرجل بعشرة من إبله وهي مائة، فولدت مائة أخرى. قال : فله عشرةا بولادتها. وكذلك الغلة مثل الولد.

فيمن أوصى بنخيل أو وهبها أو حبسها
فأبترت أو كان فيها ثمرٌ قبل ذلك
وكيف إن أوصى بغلتها ؟

من كتاب محمد، قال : ومن أوصى بجنانه لرجل فمات وقد أثمر النخل ؛ فقد اختلف فيه. والذي ثبت عندنا من قول مالك وابن القاسم وأشهب ؛ أنه إن أبترت النخل، وألقت الثمر قبل موت الموصي فذلك لورثته. وإن لم تُؤبَر حتى مات، فأبتر قبل النظر في ذلك / فهي للموصى له. وروياه عن مالك. وأما البياض فتبّع للأصل، والأصل تبّع للبياض.

قال محمد : كالبيع.

ومن باع عبده أو وهبه أو أوصى به بماله له أن يشترط. واختلف قول ابن القاسم في الوصية. وقد تقدم هذا. وأما من حبس حائطاً، فالتمرة - وإن طابت - تبّع له، إذا لم يُبْتَلِ الأصل. وكالعبد المُخْدَم يتبعه ماله. وأما الحائط يوصى به فَيُتِمَّرُ بعد موته، فلم يختلف أصحاب مالك أنها مع الرقاب ؛ طابت قبل ذلك، أو لم تطب.

قال أشهب : وإن لم يحْمِلِ الثلث جميع الحائط، فما حمل منه فللموصى له من التمرة بقدر ذلك.

قيل : أفيَقَوْمٌ في الثلث الثمرة، وإنما أثمر بعد موته ؟ قال ابن القاسم :
يقول : يُقَوْمٌ قبل ثمره، فإن خرج أخذه الموصى له بثمرته. بخلاف الأمة تلد بعد
موته. والأمة بما ولدت بعد الموت.

ومن المجموعة، قال أشهب : وإذا أوصى بَعْلَةً حائِطَةً لرجل، فما أغل قبل
موت الموصي فله ولورثته. وما كان في النخل يوم مات الموصي - طاب، أو أبر،
أو لم يُؤَبَّر - فذلك للموصى له، بخلاف الموصي بالرقاب.

قال سحنون : قوله في الوصية بالرقاب : إن الثمرة تُقَوْمُ مع الأصل. يريد :
إن أثمرت بعد الموت، وهو قول أكثر الرواة⁽¹⁾. وأما ما أفاد المُدَبِّرُ بعد الموت قبل
التقويم من كسب أو خراج، فإنه يُقَوْمُ معه في الثلث، كإله الذي مات السيّد
وهو بيده وكذلك ما ربح فيه بعده. وكذلك العبد المُبْتَلُ في المرض، والموصى
بعتيقه، أو أوصى به لرجل، أو برقاب النخل، مثل ما ذكرنا في المُدَبِّر. هذا أعدل
أقاولهم. وقاله عبد الملك، فيما أفاد المُدَبِّرُ بعد الموت. /

50/16 د

فيما يحدث في التركة قبل إنفاذ الوصايا، أو يهلك بعد ما أوصى فيه أو ما اشترى من رقبة للعتق أو نحوه، أو يستحق

من كتاب محمد، والمجموعة، روى ابن وهب، عن مالك : لا يُحَسَبُ ما
أوصى به الميت إلا بعد القيمة، فما هلك قبل ذلك، مما أوصى فيه بغيره، أو من
غيره في تركته، فكأن لم يكن. والوصايا في ثلث ما يبقى، من عتق وغيره.

قال محمد : إلا أن يوصي بعتق عبده، أو يقول : إنه لفلان. ويقول : ما
بقي من ثلثي، لفلان. فهلك العبد قبل القيمة، فلا بد أن يُخَبَّرَ العبد بالقيمة
لِيُعْتَبَر ما بقي من الثلث بعد قيمته.

(1) كذا في الأصل.

قال مالك : وإن أوصى في عبد أنه حرٌّ، أو لفلان. وأوصى لآخر بثلته، أو بشيء بعينه. فمات العبد قبل النظر في الثلث، والعبد قدرُ الثلث، فلترجع الوصايا في ثلث ما بقي.

قال، عنه عليٌّ، في المجموعة : وإن هلك بعضُ ماله، عُتِقَ العبدُ في ثلث ما بقي.

قال عنه ابن أشرس : وإنما يُقَوِّمُ يوم يُحَكِّمُ بإنفاذ عتقه؛ زاد ذلك أو نقص.

قال عنه ابن نافع : وإن ترك مُدَبِّراً ومالاً، فَقَوِّمَ ولم ينفذ عتقه، ثم أقاموا زماناً حتى أبق له مُكائِبٌ وهلك من التركة ما لا يُخْرِجُ المديِرَ من ثلث ما بقي فإنما يُعْتَقُ في ثلث ما بقي، أو ما حمل منه، ثم إن جاء المُكائِبُ، زيدَ في عتق المديِر. ورواه ابن القاسم.

قالا، عن مالك : إلا أن يدع أموالاً مأمونة، فيكون حرّاً يوم مات الميت. وكذلك الموصى بعتقه، ويوارث الآخرون.

قال أشهب : وإن قال : إن مِثٌّ ؛ فأنت حرٌّ. فلا يكون حرّاً بموته حتى يُقَوِّمَ، ويُعْتَقَ في الثلث.

ومن كتاب ابن المواز : ومن ترك مديراً وداراً / - يُخْرِجُ المُدَبِّرَ من ثلثه - فلم يُنْظَرْ في أمره حتى انهدمت الدارُ، فإن الورثة خلّوا سبيله ؛ على وجه العتق، فهو حر. وإن كانوا تركوه حتى ينظروا في قيمة الدار فلا يُعْتَقُ إلا في ثلث ما حُصِّلَ بعد هدمها.

وقال أشهب، فيمن أعتق عبده عند موته ومات عن مال مأمون : فهو بالموت حرٌّ، ثم قَوِّمَ العبد، فإن كان مَمَّنْ لا يُقَوِّمُ - يريد : لبيان أمره - قال : مثل أن تكون قيمته عشرةً دنانير، والتركة مالٌ مأمون فهو بالموت حرٌّ يُحَدُّ قَاضِيَهُ. وكذلك لو كان معه وصايا يسيرة.

ومن العتبية⁽¹⁾، وكتاب ابن المواز، قال ابن القاسم، عن مالك في امرأة وصّت ؛ أن عندها خمسة وثلاثين درهماً. ولها على زوجها أربعة أبعرة، فقالت للورثة : إما أن تُنفذوا هذه الدراهم في السبيل. أو بغيراً مما على زوجي، فسألوها عن الدراهم فلم تخبرهم ثم ماتت فلم يجدوها. قال : يُخرَجُ عنها بغيرٍ مما على زوجها، ولا يُنظرُ إلى الدراهم.

قال ابن القاسم، في كتاب ابن المواز : وكما لو قال : إما أن تُعتقوا ميموناً، أو مرزوقاً. فمات أحدهما، فليعتق الباقي في ثلث باقي ماله ولو قال : إما أن تعتقوا عبيدي، أو تجعلوا فرسي في السبيل، فهلك أحدهما قبل النظر في وصاياه، فليُنفذ الباقي في الثلث، ويسقط الأول من رأس ماله.

قال عيسى، عن ابن القاسم، وهو في كتاب ابن المواز، فيمن أوصى برقة واجبة فاشترى بعد موته قبل قسم ماله فماتت : فليُخرجوا أبداً من ثلث ما بقي رقة أخرى. وكذلك لو أُخرج ثمن العبد، فسقط ؛ فأما إن جنى جنايةً، فليُخبر الورثة، / فأما أسلموه، وأخرجوا من ثلث ما بقي رقة أخرى، أو يفتكونه فيعتقونه⁽²⁾.

قال في كتاب ابن المواز : ولهم بذلك بغيره.

قال، في الكتابين : وكذلك لو هلك الثاني، لعتق أبداً من ثلث ما بقي رقة أخرى ما لم يُنفذ عتقه، ويُقسم المال. فإن قُسم المال، وقد أُخرج ثمنه فذهب، فلا شيء على الورثة ؛ إلا أن تكون معه وصايا نُفذت، فليؤخذ مما أخذوا ما يُتأع به رقة ؛ لأن العتق مبدأ عليها، إلا أن يكون معه في الوصايا من الواجب ما هو مثله، فيكونان في الثلث سواء. ولو بقي بيد الورثة من بقية الثلث ما فيه ثمن رقة ؛ أخذ ذلك منهم بعد القسم فاشترى به رقة، ونُفذ لأهل الوصايا وصاياهم.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 45.

(2) في الأصل، أو يفتكوه فيعتقوه بحذف النون.

محمد : وقاله أشهب. قال أشهب : وكذلك لو أوصى بحجه، فدفعوا مالا لمن يحج عنه - يريد : على البلاغ - فسقط منه في بعض الطريق، فليُخرجوا من ثلث ما بقي ما يحج به عنه ؛ إما هذا، أو غيره.

وكذلك في الرقبة الموصى بعقتها ؛ قال أشهب : إلا أن يكون في العتق النسمة بعينها، فتموت. أو الشيء المُعَيَّن يُحَجُّ به فيتلف، فلا شيء عليهم.

ابن حبيب : قال أصبغ : إذا ابتاع الوصي الرقبة الموصى بعقتها فماتت قبل العتق، أو عزل ثمنها ليشتريها، فتلقت. فإن لم يُفَرِّطْ في إنفاذ عتق المشتري، أو تأخير الشراء بالثمن المعزول لم يضمن، ولا يرجع في الثلث بشيء إن كان قد فرق في أهل الوصايا. ولو كان قد فضل منه فضل، أو كان بحاله ؛ فالقياس ألا يرجع فيه بشيء. / ولكنني أستحسن أن يشتري من بقيته رقبة ثانية. ولو جُنْتُ، أو جُنِّي عليها جناية لا تجزئ بمثلها في الرقاب بيعت للميت فاشترى بثمانها مع الأرض⁽¹⁾ رقبة. وإن لم ينقصها عتقت، وأعين بالأرض في رقبة. وإن جُنْتُ، فالجناية فيها كموتها. وإن فَرَّطَ في عتق المشتراة، حتى ماتت، أو الشراء حتى تُلِفَ الثمن، ضمن الثمن. وكذلك الميتة على ما قلنا فيه إن لم يفرط. ولو أوصى الميت بذلك الورثة فسواء فرطوا أم لا، أو ماتت، أو جُنِّي عليها أو جنت، فلا بد أن يُعَفَّوا من ثلث ما بقي رقبة أخرى، لأنه لا ميراث لهم إلا بعد إنفاذ الوصايا، وهم الذين ولوا ذلك. ولو كانت رقبة بعينها فسواء أوصى إلى وصي أو إلى ورثة إذا مات فلا شيء عليهم فرطوا أم لا. وإن جنت والثلث يحملها قسمت على ما عتق منها وعلى ما رق. وإن جُنِّي عليها فالأرض لها وهي حرة. وكذلك سمعت ابن القاسم يقول في ذلك كله.

ومن كتاب ابن المواز : وإن جنى العبد قبل العتق، فإما أسلموه واشتروا غيره من ثلث ما بقي، أو فدوه فأعتقوه هو وغيره.

(1) الأرض : دية الجراحات.

محمد : فإن أسلموه فكأنه لم يكن، أو كأنه مات، ويُعْتَقُونَ⁽¹⁾ غيره، من ثلث ما بقي. وإن فدوه فمن ثلث ما بقي؛ لا بأكثر منه، كأنهم ابتزوا شراءها. وكذلك إن لم يكن قَسِمَ الثلث؛ قال أصبغ : فِيرْجَعُ في هذا إلى باقي الثلث الأول - يريد : إذا كان قد قَسِمَ به - وقَسِمَ للورثة الثلثان⁽²⁾، فَيُنْفَذُ لهم، ولا يُرْجَعُ عليهم في ثلثيهم بشيءٍ في موت الرقبة، ولا في إسلامها ؛ لأنه صان ضمان / كل قَسِمٍ من أهله.

52/16 و

محمد : وذلك بعد قسمة المال والفراغ منه. وإن جُنِيَ عليها بعد موت الموصي وقد أوصى بعقدها، فما نقصها فلورثته، بخلاف مالها. ولو زَوَّجها الورثة برضاها بعد موته قبل أن تُعْتَقَ فالمهر لها، كمالها. وإن كان بغير رضاها فُسِخَ. ومن العتبية⁽³⁾، روى أبو زيد، عن ابن القاسم، في الموصى له بعبد بعينه، وهو قدر نصف التركة، فقال للورثة : إما نفذتم ذلك لي، أو اقطعوا بثلث الميت. فمات العبد قبل يُقْطَعَ له بشيءٍ، فلا شيء له إلا أن يكون قضى له بقطع ثلث التركة. فأما بغير حكم، فلا - يريد : في أحد قولَي مالك ؛ الذي يرى فيه أنه لا يأخذ ما وقع له في الأعيان - ويُخَيَّرُ الورثة.

ومن كتاب ابن المواز، قال مالك : وإن قال : عبدي حرٌّ، ولفلان من مالي خمسون ديناراً. ثم مات العبد بعد موت سيده قبل اجتماع المال، فإنه يزول من رأس المال، ويُخْرِجُ الخمسين من ثلث ما بقي.

قال محمد : وإن استوعب الثلث لم يُنْظَرُ إلى ذلك، وكانت الوصية في ثلث ما بقي ؛ مات العبد قبل موت الموصي أو بعده.

(1) في الأصل، ويعتقوا بحذف النون.

(2) في الأصل، الثلثين.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 241.

قال، عن مالك، في المجموعة : ولو أوصى بعق عبده، ولرجل بثلث ماله. فاستحق العبد بحرية أو ملك، أو مات. فإن الوصية تبطل فيه، وللآخر ثلث ما بقي. وروى نحوه ابن القاسم، وأشهب، عن مالك. وقالوا : والعبد قدر الثلث.

قال ابن القاسم : فإن أُعْتِقَ العبد، وسقطتِ الوصايا التي معه ثم استحق بحرية أو ملك فإن أهل الوصايا يُرجعون في ثلث ما أخذ الورثة، وفي ثلث ثمن العبد إن أخذ من بائعه.

وقد قال أيضاً : / لا يرجعون على الورثة بشيء، ويُقاصونهم بقية المستحق. 52/16 ط
ولا شيء لهم في الثمن، وكأنه مأل لم يعلم به الميث، ولا يشبه مرجع الحبس لأن الميث علم أن له مرجعاً.

في الموصي بعشرة من إبله أو عبيده أو بجزء من ماله فهلك من ذلك شيء قبل إنفاذ الوصية أو استحق أو توالد الحيوان

من كتاب محمد، عن مالك، وهو في المجموعة، من رواية ابن القاسم، وابن وهب، وأشهب، عنه، في الموصي بعق عشرة من عبيده لم يُعَيَّنْهُمْ، وهم خمسون، فليُعْتَقَ خمسهم بالقيمة بالسهم؛ خرج لذلك عشرة أو أقل أو أكثر. وإن لم يَفَ من خرج بالخمسة، أُعِيدَ السهم حتى يستوعب خمس قيمتهم. وإن هلك منهم عشرة قبل النظر في ذلك، أُخْرِجَ بالسهم ربع قيمة الباقيين كأن لم يكن غيرهم. وإن لم يبقَ إلا عشرة، أُخْرِجُوا كُلُّهُمْ في ثلث ما بقي. وإن كانت قيمتهم أكثر من قيمة الأربعين، أو خُرِّجَ منهم ؛ قال ابن القاسم، وأشهب : وإن ماتوا كُلُّهُمْ، بطلت الوصية. قال أشهب : وكذلك إن استحقوا. قالوا : وإن بقي خمسة عشر، عُتِقَ ثلثاهم⁽¹⁾ بالسهم من الثلث.

(1) في الأصل، عتق ثلثيهم.

قال، في كتاب ابن المواز : ولو قال : ثلثهم أحرار. أو : ثلثي لفلان. أو : في السبيل. - يريد : ولم يدع غيرهم - فهلكوا إلا عشرة، أو واحداً⁽¹⁾، فإنما يُنفذ ثلث ما بقي فيما ذكر. وكذلك لو كان ماله داراً، فأوصى بثلثها، فاستحق ثلثاها، فليُنفذ ثلث ما بقي منها. /

والموصى له بعشرة من إبله، وهي مائة، فيهلك بعضها - كما ذكرنا في العبيد - وإنما للموصى له عشر ما يبقى بالسهم وكذلك النخل والأرض والريق مثله.

وإن أوصى بمقدار⁽²⁾ عشرة أمداء⁽³⁾ من أرضه وهي مختلفة، فليُقَوَّم جَيِّدُهَا ووسطُهَا، ورديُّهَا، ثم تُجَمَّع القيمة، فيعطى بقدر وصيته في الأرض أمداءً. فإذا خرج سهمه في الجيد أخذ منه بقدر ذلك وإن نقص عن عشرة أمداء. وإن وقع في الدون أخذ بقدره وإن جاوز العشرة. وكذلك الوسط، وكذلك إن لم يكن غير أرض واحدة يُقَوَّم جَيِّدُهَا ووسطُهَا وَدَيِّئُهَا.

قال محمد : وإن استحقَّتْ، فلم يبق منها إلا عشرة كانت للموصى له ؛ كانت من جَيِّدِهَا أو دَيِّئِهَا أو وسطِهَا. وكان استحقاق ذلك مُشاعاً، وخرج الباقي من الثلث. وإن بقي عشرون، فله نصفُهَا.

وفي كتاب : العتق، باب : كيف العمل في القرعة في العتق؟ فيه مسألة: من أوصى برأس من رقيقه لرجل، وهم خمسة لا يملك غيرهم، فمات منهم أربعة، وقول المغيرة في ذلك، وما خالف فيه أصل ما روى ابن القاسم.

(1) في الأصل، إلا واحد.

(2) في الأصل، كتبت محرفة على شكل بميدر.

(3) الأمداء جمع مدى وهو القفيز الشامي وهو غير المد.

فَيَمَنُ أَوْصَى بِشَرَاءِ عَبْدٍ بَعِينِهِ فَيُعْتَقُ وَأَوْصَى بِوَصَايَا فِيهِ لَكَ الْعَبْدُ أَوْ عَتَقَ

من المجموعة روى عليّ، عن مالك، فيمن أوصى أن تُشْتَرَى رَقَبَةٌ بَعِينَهَا بِكَذَا فَتُعْتَقَ. وَأَوْصَى بِوَصَايَا عَالَتْ عَلَى الثَّلْثِ، فَفَاتَتْ تِلْكَ الرِّقْبَةَ بَعْتَقَ أَوْ بِمَوْتِ أَوْ غَيْرِهِ، فَلَا يُبَدَأُ الْوَرْثَةُ بِثَمْنِهَا عَلَى أَهْلِ الْوَصَايَا فِي / الثَّلْثِ ؛ لِأَنِّ وَصِيَّتَهُ لَمْ تُنْفَذْ لِلْعَتَقِ فَيُبَدَأُ، وَلَكِنْ يُحَاصُّ الْوَرْثَةُ أَهْلُ الْوَصَايَا بِثَمْنِهَا، فَمَا صَارَ لَهُمْ بِذَلِكَ كَانَ مِيرَاثًا.

قال أشهب : ولو كانت قيمته وثلث قيمته، فليس على الورثة شراؤه بأكثر من الثلث، فإن بيعَ بذلك، وعتق، سقطت الوصايا. وإن أُنِيَ بَيْعُهُ بِذَلِكَ، فلا شيءَ له، ولا للعبد. وذلك للورثة دون أهل الوصايا ؛ لأن وصاياهم لم تكن شيئاً لما أوصى به معها من العتق. ألا ترى لو مات رجلٌ وعليه دينٌ محيط، وأوصى بالثلث، فترك ربُّ الدين دينه للورثة، أو أقر بقبضه؛ وقد أوصى به الميت - يريد : أقر له به - فليس للموصى له بالثلث شيءٌ إلا بعد إخراج الدين من رأس ماله. وكذلك هذا ؛ لأن الميت قد علم أن العبد يستغرق الثلث، والعبد فهو باقٍ بعد تجوز فيه القيمة، بخلاف أن لو هلك العبد وصار لا قيمة له، ولا فيه. ويصير لأهل الوصايا ثلث مال الميت الآن.

فَيَمَنُ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِوَصِيَّةٍ فَمَاتَ الْمَوْصَى لَهُ قَبْلَ الْمَوْصِي أَوْ بَعْدَهُ أَوْ رَدَّ ذَلِكَ أَوْ رَجَعَ الْمَوْصِي عَنْ وَصِيَّتِهِ أَوْ بَطَلَتْ

من كتاب ابن المواز، قال ابن القاسم، عن مالك، في الموصى له بعشرة، ولهذا بعشرة - وثلثه عشرة - وأوصى بالثلث لرجل آخر، فمات أحد الموصى لهم قبل موت الموصي ؛ قال : فلمالك فيها ثلاثة أقوال ؛ قال : فإن لم يعلم بموته، حاصراً بها، فما وقع له كان لورثة الموصي. وإن علم، فالعشرة، أو الثلث للباقي من

الرجلين. ثم قال : هي للباقي ؛ علم بموته أو لم يعلم. ثم قال : يُحَاصُّ بها ؛ علم الورثة، أم لا. وروى ابن القاسم القول الأول، وبه قال ابن القاسم، وابن الماجشون. /.

قال ابن عبدوس : ورواه عليّ، وابن نافع. قال ابن نافع : لأنه إذا علم بموته، فكأنه أقرَّ الوصية لمن بقي من أهل الوصايا. وقاله ابن المواز.

قال : وقال أشهب : يُحَاصُّ بها علم بموته أو لم يعلم. وذكر أصبغ ؛ أن ابن القاسم أخذ بهذا.

قال ابن حبيب : وبه قال مطرف، وأصبغ. وقال ابن الماجشون : إن علم بموته لم يحاصِّ بها. وإن لم يعلم حوصِّص بها. وبه قال ابن حبيب.

قال ابن المواز : ورؤي أيضاً عن أشهب ؛ لا يُحَاصُّ به، علم به أو لا. قال ابن القاسم، وأشهب : وأما إن أوصى له وهو عالم بموته، فإنها لورثته، ويُقَضَّى بها دينه.

وذكر أيضاً عن أشهب ؛ إذا أوصى لرجلين ؛ أحدهما ميت وهو عالم بموته، قال : فنصيب الميت منهما لورثته إلا أن يكون ذلك من زكاة قرط فيها فلا يُقَضَّى منها دين الموصى له، ولا يورث عنه. ويُصَرَّف مصرف الزكاة، وكأنه أوصى بالزكاة لأملياء - يريد : وورثته وغرماءه أملياء.

قال ابن المواز : وإن كان ورثة الموصى له فقراء، فلا دين عليهم، فهم أحق بها.

قال ابن القاسم، عن مالك : ومن أوصى لفلان بكذا، ولفلان بكذا، وآخر بباقي الثلث، فمات المسمى لهما، أو أحدهما، وعلم الموصي بموته، أو لم يعلم، فليُعزَّل نصيب المسمى لهما من الثلث، فإن فضل شيء، فهو لصاحب باقي الثلث، وإلا فلا شيء له، ويرجع نصيب الميت إلى ورثة الموصي.

قال ابن القاسم : وإن أوصى لامرأته بشيء، فماتت قبله فذلك باطل. وإن قبضت ذلك فليردّه.

ومن المجموعة، قال عليّ، عن مالك : وإن أوصى لرجل بمائة، وآخر بثلاثمائة، ثم رجع عن الوصية / لأحدهما؛ فليأخذ الآخر وصيته كاملة إن حملها الثلث، ولا يُحصّص للآخر.

قال سحنون : وأجمع الرواة عن مالك أن أحد الموصى لهم، إن لم يقبل الوصية أنه يُحصّص بها، ويرجع إلى الورثة.

قال أشهب : وإن بدأ أحدهما فلم يقبل المبدأ، فليُعزل نصيبه مُبدأً، فيكون للورثة، والوصايا فيما بقي.

وإن قال : عدي ميمون حرّ - إن شاء فلان - ولفلان عشرة دنانير. فلم يقبل العبد العتق، فالعشرة كاملة للآخر. وأستحسن في قوله. إن شاء. أنه كإل له يرجوه، فيدخل فيه الوصايا.

وكذلك إن قال : لفلان عشرة، ولفلان عشرة - إن قبل - فلا يُضر أحدهما. وإن قبلها هذا ورد الآخر، تحاصاً، فما صار كان للورثة.

وإن قال : في كل واحد إن قبل. فإن قبلًا تحاصاً، وإن ردّ أحدهما، فلا حصاص على القابل.

قال أشهب : ولو أوصى بوصايا، وأوصى بجنين في بطن أمه فخرج ميتاً، وضاق الثلث، فللورثة الحصاص بوصية الجنين ويأخذونها. ولو أوصى لوارث، ولم يجيزوا. أو أوصى لرجل على أن يصلي عنه أو يصوم ؛ أو أوصى لحربي ؛ فللورثة الحصاص بذلك كله، وأخذ ما وقع. لذلك كان ميراثاً.

قال غير واحد، عن مالك : وإذا أوصى لوارث، وأجنبي، فليحصص له، فما نابه أخذه إن أجاز الورثة له، وإن أبوا عاد ميراثاً.

قال مالك : وإن أجاز بعضهم للوارث إعطاءه نصيبه من ذلك.

قال عبد الملك : وإن قال : إن لم يجيزوا للوارث فهو في السبيل فلم يقبله،
أو مات قبله، فذلك ميراث. وكذلك : فلان يشتري فيعتق لغير أمر لزمه فلم
ييعه، فالثمن ميراث.

قال سحنون / بعد الاستيناء والإياس من العبد.

55/16

قال ابن القاسم : وإن أوصى أن يحج عنه فلان فأبى، فإن لم يكن ضرورة،
رجع ذلك ميراثاً. وأما الضرورة، فليحج به غيره.

قال سحنون غيره : وإن كانت تطوعاً، فلا يرث، ولينفذ لغيره ؛ لأن الميت
أراد نفع نفسه، بخلاف موصى له بمال فيرده.

قال أشهب : وإن قال : أحجوا فلانا حجة. ولم يقل : عتني. فليعط ما
يكفيه في حجته، وليس له أخذ ذلك، ولا يحج به. وكذلك إن قال : أنكحوا
فلاناً بكذا فليس له أخذ ذلك إلا أن ينكح. وأما الموصى برقبة مبهمة، أو بشراء
شيء غير معين، فمن أبى ذلك صرفت إلى غيره حتى ينفذ.
قال علي عن مالك، في عبد أوصي له بشيء فأبى قبوله ؛ فلسيده أن يكرهه
علي قبوله.

قال غير ابن القاسم : وإذا مات الموصى له بعد موت الموصي، وقبل يعلم
بوصيته، فورثته بمثابته في القبول أو الرد.

فيمن أوصى لعبد بجزء منه أو بثلث ماله أو بتسمية تجاوز ثلثه
وكيف إن كان مع ذلك عتق أو وصية بمال ؟
وكيف إن كان للعبد مال ؟

من كتاب ابن المواز و العتبية⁽¹⁾، من رواية عيسى، عن ابن القاسم : ومن
أوصى لأمته ببعضها، لم يعتق منها إلا ما ذكر، إلا أن يكون لها مال فتم فيه،

(1) البيان والتحصيل، 12 : 451.

ويعتق باقيها على نفسها بالقيمة. ولو أوصى لها بثلث ماله، عتقت، وقومت فيه ؛ لأن ثلثها تعتق حين ملكته، ويعتق باقيها عليها بالقيمة، فيما صار لها من بقية الثلث. قاله مالك.

قال ابن القاسم : / وإن لم يعم عتقها في ذلك، ولها مال قديم ؛ فلتعتق فيه، 55/16 ط ويؤخذ منها.

قال : كما أعتقها مالك في بقية الثلث الموصى لها به، كذلك في مال إن كان لها.

قال ابن القاسم : وإن أوصى أن ربع عبده حر، لم يقوم على العبد باقيه لأن سيده هو المعتق. بخلاف أن لو أوصى لعبده بربعه ؛ هذا يعتق برعه، ويقوم باقيه على نفسه، في ماله. وإن أوصى له بثلث ماله، عتق في الثلث، إن حملة. وإن لم يحمله وللعبد مال ؛ استتم منه باقيه، إن حملة، كالشريك يلزمه التقويم إن قصر عنه عتق ما حمل، ورق باقيه للورثة.

قال ابن القاسم : يقوم بماله فيعتق إن حملة ثلث سيده الذي أوصى له به. فإن قصر عنه، استتم في مال العبد ؛ في قول ابن القاسم، عن مالك. وروى ابن وهب، عن مالك ؛ أنه لا يعم ذلك في مال إن كان له. ولو أوصى أن يعتق ثلث عبده، أو ربعه. وأوصى ببقية ثلثه، أو بمال مسمى، فهذا لا يعتق غير ثلث العبد، ويأخذ باقي وصيته مالا، ولا يستتم عليه شيء لأنه لم يملك شيئا من رقبته.

محمد : وقاله ابن القاسم، وأشهب بخلاف أن لو أوصى لعبده بثلث ماله، أو بثلث العبد ع⁽¹⁾.

ومن العتبية⁽²⁾، قال ابن القاسم : وإن أوصى لعبده بثلث ماله، وأوصى بعتق عبد له آخر، وضاق الثلث، فالموصى بعتقه مبدأ ؛ لأن السيد أعتقه، والآخر إنما يعتق على نفسه.

(1) (ع) رمز يأتي به المؤلف في بعض الأحيان داخل كتابه ولعل المراد به العتبي.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 154.

ولو لم يوص إلا بمال لرجل، كان العبد للموصى له بالثلث مبدأ عليه.

ولو أوصى لعبد بدنانير مسماة، أو بدابة، فله أخذ ذلك، ولا يعتق فيه.

قال / سحنون : هذا إن أوصى له بدنانير أو غيرها ؛ أقل من الثلث، فأما
56/16 إن كانت أكثر من الثلث، فليعتق فيها ويصر⁽¹⁾ كالموصى له بالثلث، أو بجزء من
ماله، وهو معنى قول ابن القاسم عندي. وقال ابن المواز، وأصبغ، كما قال
سحنون، في العتبية.

قال أصبغ، في كتاب ابن حبيب : وهذا استحسان. والقياس ؛ أن يعطى
من نفسه ثلثها، ومن كل شيء ثلثه. قال : وهذا في قضية له شيء بعينه، أو بغير
عينه، عال فيه على ثلثه، ولم يجز الورثة.

ومن المجموعة، وكتاب ابن المواز : ومن أوصى لعبده بخمسين دينارا، وليس
له غيره، وثلثه لا يفي بالخمسين، فطلب الورثة بيعه، ويعطونه⁽²⁾ ثلث ثمنه، فقال
هو : بل يعتق ثلثي. فالقول قوله، ويعتق ثلثه، إلا أن يعطيه الورثة الخمسين.

وقال أشهب : إن أوصى له بشيء بعينه، أو بدنانير قدر ثلثه، فأقل ؛ فليس
له غيره، ولا يعتق له، وإن جازت الثلث، أخذ منه قدر الثلث، ولا يعتق له إذ لم
يوص له في نفسه بشيء.

ومن الكتابين، واللفظ للمجموعة، في سياق قول أشهب، قال : وإن أوصى
له بسكنى داره حياته، أو غلة حائطه، وذلك يخرج من ثلثه، فذلك له، ولا يعتق
له، وإن لم يخرج، خير الورثة في إنفاذ ذلك، أو يقطعون له بالثلث، فعتق فيه
حينئذ، ويأخذ فضلا إن كان، ويصير كما لو أوصى له بالثلث.

قال أشهب : وكان مالك له في مقاسمة الورثة قولان : أحدهما : يكون له
ثلث نفسه، وثلث باقي التركة، فيعتق فيه باقيه، بعد عتق ثلث نفسه، ويأخذ الورثة

(1) في الأصل، ويصير بإثبات الباء.

(2) في الأصل، يعطوه بحذف النون.

ثلثي القيمة عينا. والقول الآخر : / أن يعتق كله من الثلث، فإن كان هو نصف الثلث، شارك الورثة بخمس ما بقي وهذا أحب إليّ.

قال في المجموعة : وكذلك هذان القولان، فيمن أوصى لعبده بثلث ماله؛ أنه يعتق ثلث العبد، ويستتم عليه باقيه فيما ملك من بقية الثلث وفي ماله⁽¹⁾ إن كان له قبل ذلك؛ لأن الورثة شركاؤه في ذلك المال. وإنما فيه الكسوة، والنفقة بالمعروف، ولا يأخذ هو منه لنفسه شيئا دونهم. وقاله مالك، وذكره عنه ابن وهب، وأجازه ابن المواز.

ولو لم يدع غير العبد؛ ويبد العبد ألف دينار، كانت له قديما؛ فإنه يعتق ثلثه، ويبقى المال، ولا يقوم فيه. وقال ابن الماجشون في المجموعة ؛ قال : لأن العبد إنما يقوم بماله ؛ إذا عتق اتبعه ماله.

ولا بن وهب قول، في مدبر يسوى مائة، ويبد مائتان، مذكور في : كتاب المدبر.

قال عبد الملك، فيمن قال : ثلث عبدي له، وله مائة دينار، وليس له أن يأخذ بالمائة في نفسه عتقا ؛ لأنه مال أوصى له به، فيأخذه، ويبقى لثلاثه رقيقا، ويعاوم بالمائة أهل الوصايا.

وأما إن قال : ثلثي لعبدي. فهذا يعتق جميعه في ثلثه، أو ما حمل منه، وما فضل فله. والعبد في هذا مبدأ على الوصايا، وما فضل عنه، ولا يبدأ فيه، ويخاص به، وقاله مالك كله، وروى مثله ابن وهب، وابن القاسم، عن مالك، في وصيته لعبده بثلثه — يريد : فما وقع له كان بيده —.

قالوا : ولو لم تكن وصايا ؛ كان له ما بقي من التركة ؛ لأنه ليس لأحد أن يأخذ من الورثة بقيمته كرها إلا الميت وحده. وليس للعبد أن يأخذ من الورثة بقية / نفسه بالقيمة للعتق، وإنما له وصيته.

قال ابن القاسم : وإذا أوصى بعثت ثلث عبده، وأوصى له ببقية ثلثه، أو بماله مسمى ؛ فالعتق مبدأ، إلا ثلث رقبته، ويكون ما أوصى له بيده، يكون بيده.

قال، في كتاب ابن المواز : إذا أوصى لعبده بربع نفسه، وثلث ما بقي من ماله سوى العبد ؛ فليعتق ربعه، ولا يستتم عليه باقيه فيما بقي، ولكن يأخذه. وإذا لم يقل : سوى العبد. ولكن قال : وله ثلث ما بقي. فإنه تدخل رقبته في ذلك حتى يعتق كله، أو ما حمل منه، ثم يقوم ما بقي من العبد في مال إن كان له ؛ في قول ابن القاسم، ورواية ابن وهب أحب إلي.

قال أشهب : وإذا أوصى لعبده بثلث نفسه، لم يعتق غير ثلث رقبته. وإن كان له مال، بقي موقوفا بيده.

ومن العتبية، روى أبو زيد، عن ابن القاسم، فيمن أوصى بثلث ماله لعبده، وأوصى لأجنبي بثلث ماله ؛ فإن الثلث بين العبد والأجنبي، فما صار للعبد عتق فيه بقدر نصف الثلث.

ومن المجموعة، قال أشهب، في عبد بين رجلين ؛ أوصى له أحدهما بثلث ماله ؛ فإن ثلثه حر، ويعتق عليه ما بقي منه للميت ومصابة شريكه بالقيمة. فإن بقي من الثلث بقية دفعت إليه، وإن لم يف ثلث الموصى برقبته، فليبدأ فيه بعثت مصابة الموصى. فما بقي من الثلث عتق فيه من مصابة الشريك ما حمل. وكشريك أعتق نصف مصابته، ولا مال له غير حصته في العبد. فاستقام نصفه عليه أولى من تقوم نصيب شريكه.

**في الأئمة الموصى لها بجزء من التركة تلد
وكيف إن كان / في التركة من يعتق عليها ؟
وفي العبد تحته حرة قد أولدها
فأوصى لجميعهم بالثلث**

من المجموعة، قال معن بن عيسى، عن ابن القاسم، عن مالك، فيمن أوصى بثلث ماله لجاريته فولدت قبل موته، فإن ولدها هؤلاء لا يعتقون معها، وأما ما ولدت بعد موته فيعتقون معها في الثلث إن حملهم، وإلا فبالخصص فيها وفيهم. وإن حملهم وبقيت بقية، كانت لأهم دونهم.

وقال ابن أبي حازم : ما ولد لها قبل موته، وبعد الوصية من ولد، وما كان للميت ممن يعتق عليها، فإنها تبدأ عليهم، حتى تخرج هي حرة في الثلث؛ فما بقي منه، عتق فيه هؤلاء عليها؛ وإن لم يسعها هي الثلث، فلا عتق لأحد من قرابتها.

ومن العتبية⁽¹⁾، قال سحنون : إذا أوصى لعبده بثلث ماله، وللعبد ولد معه ؛ فليبدأ بالأب في الثلث فيعتق. وما بقي من الثلث، عتق فيه الابن - يريد : يعتق على الأب، لا بالوصية -.

قال أبو زيد، عن ابن القاسم : فإن أوصى بثلث ماله لابن عبده، والابن حر، فإن كان كبيراً، وقبل الوصية، عتق عليه أبوه. وإن لم يقبل، عتق ثلث الأب. وإن كان صغيراً، عتق ثلثه فقط، وإن كان الثلث يجاوز فيه الأب. وكذلك في المجموعة، عن ابن القاسم، وأشهب.

وروى علي عن مالك، في التي أوصت لابن أمتها بنصف ثلثها، وهو حر صغير : أنه يعتق من الأئمة، نصف ثلث الأم، ويكون له نصف ثلث سائر التركة، ولا يضمن نصف ثلث الأم.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 156.

قال أشهب، وعلي عن مالك، فيمن أوصى لرجل بثلث ماله، وفي التركة أخ
للموصى له، فأراد / الموصى له أن يأخذ الوصية، وسكت عن أخيه لثلاثا يعتق
عليه. قال : إن قبل الوصية، عتق بملكه عليه كله وأدى للورثة ثلثي قيمته. وقاله
أشهب.

وله أن يقبل الوصية إلا ثلث أخيه فلا يقبله، ولا يلزمه عتق باقيه، ولكن
يعتق ثلثه.

ومن كتاب ابن سحنون، قال ربيعة، في عبد له امرأة حرة، وولد منها،
فأوصى لجميعهم بالثلث، فليعتق العبد في ذلك ؛ لأن ولده ملكوا بعضه، وملك
هو من نفسه البعض.

قال سحنون : وتطلق عليه امرأته ؛ لأنها ملكت بعضه - يريد : إن
قبلت - قال سحنون : إن كان الولد أربعة، فالثلث بينهم أسداساً؛ فللعبد ثلث
السدس من نفسه، ولبنيه أربعة أسداس ثلثه ؛ يعتق نصيبه ونصيبهم منه، ويبقى
للزوجة سدس ثلثه، وينظر إلى ما وقع له ولبنيه من بقية ثلث الميت. فإن وسع بقية
ثلث العبد عتق فيه، وإلا فما وسع من ذلك. وإن كان فيه وفاء عتق في سهمه
وسهم بنيه، ويبقى سدس الثلث للمرأة، فإن بقي للعبد وبنيه من الثلث بقية
كانت بينهم على خمسة أجزاء، وعتق سدس الزوجة فيما للعبد من ذلك. فإن لم
يف، عتق الباقي على بنيه فيما لهم من ذلك إن قبلوا الوصية.

قال سحنون : لا يقوم على العبد باقيه من مال، إن كان له غير الوصية -
يريد سحنون : على رواية ابن وهب، عن مالك - قال سحنون : لأنه ملك بعض
نفسه، فكان كعبد شركه في نفسه غيره، فلا يحكم في ماله بغير إذن شريكه.

فيمن أوصى أن يجمع ثلثه في أمة له
فتعتق فيه / أو وهب له بعض ورثته ميراثه،
فأوصى أن يجمع ذلك كله في هذه الأمة.

من المجموعة، قال المغيرة، فिमн أوصى أن يجمع ثلثه في أمته، فيعتق منها
محمل الثلث، وطلب من أحد ورثته، أن يهب له ميراثه منه في جميع تركته ففعل،
فأوصى أن يجمع ذلك أيضا في عتق الأمة ؛ قال فليعتق منها محمل الثلث، ويعتق
منها أيضا نصيب الوارث الذي أعطاه حقه، يعتق مقدار نصيبه من الأمة، ولا
يحمل في عتقها ما أعطاه وارثه، من بقية تركته ؛ لأن الورثة يقولون : ليس علينا أن
يؤخذ حقوقنا منها بالقيمة. وقد استوفى الميت ثلثه، وإنما له أن يفعل ذلك بباقي
ثلثه فقط. يريد : لأن ذلك حكم في ثلثي المال ؛ لأنه قد استوعب ثلثه، فصار
كأنه مال للأمة، ويدخل فيه الاختلاف عندي، فيم عليه على قول من يرى أن يعم
عتق في مال ؛ إن كان له قديما.

فيمن أوصى لعبده بدنانير
أو أوصى له بشيء من ثمنه، أو لغيره بمال منه
وللعبد بقية نفسه

من كتاب ابن المواز : ومن أوصى لعبده بخمسة وعشرين دينارا، فكانت
تخرج من الثلث، فإن وجدت الخمسة وعشرون دينارا⁽¹⁾ حاضرة، ولم يحتج فيها إلى
شيء من ثمن العبد، لم يكن في ذلك عتق، وإن لم يوجد إلا أربعة وعشرون⁽²⁾،
والثلث خمسة وعشرون، فلا يعم الثلث إلا من ثمن العبد؛ رجع ذلك عتقا، فعتق
من العبد ثلث جميع الميت. وكذلك لو أوصى لعبده بدرهم أو دينار، / ولم يقل :
من ثمنه. وليس له غير العبد؛ فليعتق قدر ذلك من ثمنه إن كان ذلك دينارا أو

59/16

(1) . في الأصل، وحدت الخمسة وعشرين بالياء لا بالواو.

(2) . في الأصل، أربعة وعشرين بالياء لا بالواو.

درهماً. فإن كان ذلك قدر عشر رقبته، أو نصف أو ربع العشر، عتق منه بقدره إذا خرج ذلك من الثلث.

وكذلك في وصيته بدنائير كثيرة، أو دراهم ؛ فإن كان للميت من سوى العبد قيمة عدد ما أوصى به وذلك يخرج من الثلث ؛ فلا عتق في هذا، ويأخذ العبد وصيته. وإن لم يكن فيما سوى العبد ما يحمل وصيته، وكانت وصيته تخرج من الثلث، إلا أن العبد أكثر من الثلثين بمقدار ما - وإن قل - فهذا يرجع في رقبته، فيعتق بها.

محمد : لأنه على نفسه عتق حين ملك بعض بقبته. وإن فضل له من الثلث شيء، عن رقبته، أخذه. وإن خسر ثلثه عن عتق جميعها، عتق منه مبلغ الثلث من جميع التركة، أو مبلغ وصيته؛ أولهما. فإن قال الورثة : نحن نعطي العبد ما أوصى له به من عدد الدارهم والدنائير، ولا يعتق منه شيء. فليس ذلك لهم إذ لا نفع في ذلك لهم. وكما لو قالوا : نبيعه، ونعطيه من ثمنه. لأن الوصية صارت فيه، فهم مضارون إن أبوا أن يعتقوا بالوصية، ويصير لهم الولاء. فقد طلبوا ما يضر بهم وبالعبد.

ومن العتبية⁽¹⁾، من رواية عيسى، عن ابن القاسم، وقد تقدم في باب : من أوصى لعبده بجزء منه، ومن أوصى لعبده بدنائير أو بدابة فليعت ذلك العبد، ولا يعتق فيه. قال سحنون : هذا إن كان ذلك أقل من ثلثه. وأما إن كان ذلك أكثر من الثلث، فليعتق فيها، ويصير كالموصى له بالثلث، أو بجزء من ماله. وهو معنى قول / ابن القاسم، وقاله أصبغ.

59/16 ط

قال ابن حبيب : قال أصبغ : هذا استحسان، والقياس أن يعطى من نفسه ثلثها، ومن كل شيء ثلثه ؛ قال هذا في وصيته له بشيء بعينه، أو بغير عينه، عال فيه على الثلث، ولم يجز الورثة.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 154.

ومن المجموعة، وكتاب محمد، قال ابن القاسم، فيمن أوصى لأخت له لا ترثه - بعشرة دنانير، في عبد الموصي. وأوصى في ذلك العبد بباقي ثمنه له. قال مالك : وإن كان أوصى أن يباع، فيعطى للأخت من ثمنه عشرة، وباقي الثمن للعبد؛ فليفعل ذلك إن حملة الثلث. وإن أوصى أن أن يباع منه بعشرة للأخت، ويكون للعبد بقية نفسه عتقا؛ فلينفذ ذلك، ويبيع منه بما ذكر للأخت، ويعتق باقية، إن حملة الثلث. ولو كان للعبد ما يؤدّي منه العشرة، أخذ منه، وعتق، ويقوم في ذلك ماله. وذلك يقع للورثة في مريد الولاء، ولم يضر به أحدا، فلا يمنع من ذلك.

قال علي عن مالك فيمن أوصى في أمة له أن يعطى ثمنها لابن لها حرًا، فليس ذلك عتقا، ولتبع، ويدفع للابن ثمنها إن حمّلها الثلث. ولعله أراد أن ينفعه بالثمن لئلا تعتق عليه.

قال ابن القاسم وأشهب فيمن أوصى أن يباع عبده بثلاثين دينارا فيعطى منها فلان عشرة. قالوا : فإن بيع بثلاثين فأكثر، فليس له منها إلا عشرة. قال ابن القاسم : فإن بيع بأقل من ثلاثين، وأكثر من عشرين، فإنما له ما زاد على عشرين، فإن بيع بعشرين فأقل لم يكن له منها شيء.

وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم في العتبية وروى عنه محمد بن خالد، أن له ثلث ما بيع به العبد إن بيع بأقل من ثلاثين. وقال أشهب : / له عشرة يبدأ بها. ولو لم يبيع إلا بعشرة فأقل، فله جميع الثمن.

ومن كتاب ابن المواز، قال ابن القاسم : ومن قال : يبعوا نصيبي من هذا العبد، فأعطوا منه فلانا عشرة دنانير، وما بقي فللعبد؛ فليبيع جميع نصيبه من العبد، فيأخذ فلان منه عشرة دنانير، ويأخذ العبد ما بقي. ولا عتق فيه.

ومن العتبية، روى أصبغ عن ابن القاسم، في أختين شقيقتين بينهما عبد، فأوصت إحدهما أن يعطى أختها لأبيها من نصيبها في العبد عشرة دنانير، وباقي

العبد صدقة على نفسه. والأخت للأب لا ترثها ؛ قال يباع من نصيبها في العبد بعشرة دنانير للأخت، ثم يعتق ما بقي من حصتها، إن حمله الثلث.

وقال أصبغ : ولا تعطى بها حصة في العبد، إلا برضا الأخت للأب، فيعطى بما يسوى منه العشرة الآن. ولا يأخذ بقدر ما كان يباع فيه من أجزائها⁽¹⁾.

قال ابن القاسم : وإن أوصت أن يباع نصيبها من العبد، فيعطى فلان عشرة، وما بقي فللعبد؛ فهاهنا يباع نصيبها كله، فينفذ على ما قالت.

قال أصبغ : ولا عتق فيه لأنها وصية بمال؛ قالت : يبعوا نصيبي أو قالت : نصيبي كله. فذلك سواء. وقد تقدم في باب : من أوصى لعبده بجزء منه، أو بثلث ماله شيء من مسائل الوصية له بمال.

فيمن أوصى بحرية عبده أو أوصى له بثلث ماله

وللميت شاهد بدين، هل يحلف معه ؟

ومن أعتق في مرضه ثلث عبده وباع منه الثلثين بمحابة

من المجموعة، وكتاب ابن المواز، قال أشهب فيمن أوصى لعبده بثلث ماله، وترك دينا بشاهد فإن العبد يحلف مع الشاهد / ويستحق. ولو أوصى أن عبدي حر، لم يحلف العبد.

قال، في كتاب ابن المواز لأنه كتسمية دنانير قدر رقبته، فلا يحلف كما يحلف الموصى له بالثلث، وكذلك الموصى له بدنانير، وقاله ابن وهب وابن دينار.

ومن العتبية⁽²⁾ وكتاب ابن المواز قال أصبغ عن ابن القاسم فيمن أعتق في مرضه ثلث عبده، ولا يملك غيره، ثم باع من العبد ثلثي نفسه بلا محابة، ثم مات فالبيع نافذ. فإن لم يقبض الثمن حتى مات، إذا دفع ذلك العبد.

(1) في الأصل، ما كان يباع فيها من أجزائها.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 259.

قال أصبغ : إذا دفع العبد ذلك من غير مال يكون للعبد.

قال محمد : لأن ماله صار موقوفاً بيده يعتق بعضه، وكأنه رأى للعبد منفعة في نفسه بحرية بعضه. فإن كان ثمن ثلثي العبد تركه للسيد، وأقر اسم عتق ثلث العبد، وإن أنفق ثمن الثلثين، ولم يوجد، رق من الثلث الذي أعتق ثلثاه، وعتق ثلثه ؛ يريد : ويعتق ثلثا المبيع.

فيمن أوصى أن يباع عبده من فلان أو للعتق أو ممن أحب
أو قال : اشترؤا عبد فلان قسمة أو لفلان

من كتاب ابن المواز والمجموعة، قال ابن القاسم وأشهب عن مالك، فिमн أوصى أن يباع عبده رقبة أو من فلان أو ممن أحب؛ فإنه يوضع منه ثلث ثمنه، ويجبر الورثة على ذلك، أو ما حمل الثلث منه، ولا يبدأ على الوصايا منهم إلا الذي يباع رقبة للعتق، فليبدأ.

قال على، عن مالك، في المجموعة : إذا أوصى أن يباع للعتق فلم يوجد من يشتريه بثمانه، فليوضع عنه ما بينه وبين ثلث ثمنه.

قال بعض أصحابنا في موضع آخر: لأنه علم أن الميت / قصد إلى 61/16 التخفيف من الثمن ؛ إن احتيج إلى ذلك، فخفف الثلث الاجتهاد، إذ هو حد بين القليل والكثير.

وكذلك إن أوصى أن يشتري عبد لفلان فيعتق، أو لفلان. فقد علم أنه قصد توفير الثمن على هذا.

قال ابن حبيب : قال أصبغ : وخالف ابن وهب مالكا في القائل : بيعوا عبدي ممن أحب، واشترؤا عبد فلان فأعتقوه. قال : يزداد في المشتري، وينقص في المبيع ما بينهما وبين ثلث الميت، لا ثلث الثمن.

قال أصبغ : ولو قال : اشترؤا عبد فلان بالغاً ما بلغ. فإني أستحسن في هذا أن يبلغ ثلث الميت ؛ لقول ابن وهب في الوجه الآخر.

وذكر ابن المواز، عن مالك ؛ أنه إذا قال : اشتروه بما بلغ؛ أنه لا يزداد على ثلث ثمنه.

قال، في كتاب ابن المواز، في المبيع للعتق، أو ممن أحب ؛ فإن لم يجد من يأخذه بوضيعة ثلث ثمنه فليخير الورثة بين بيعه بما يعطون، أو يعتقون ثلث العبد. وأما المبيع لفلان، إن لم يرض بوضيعة ثلث الثمن، قيل لهم : إما أن تبيعه بما يعطى، أو فاقطعوا له بثلث العبد.

قال ابن القاسم : ولم يختلف قول مالك في المبيع للعتق فيما ذكرنا. قال ابن المواز : بل اختلف قوله بما هو أصوب، وبه أخذ أكثر أصحابه.

يروي عنه أشهب، في المبيع رقبة، أو ممن أحب ؛ أنه إن حمله الثلث فإنهم إن لم يجدوا من يأخذه بوضيعة ثلث الثمن واستوفى به، فلم يوجد، فلا شيء عليهم. وإن لم يحمله الثلث، خيروا بين بيعه بوضيعة ثلث ثمنه. وإلا أعتقوا منه مبلغ ثلث الميت كله. هذا في المبيع / رقبة، أو ممن أحب. فإن بدلوه بوضيعة ثلث الثمن فلم يجدوا من يبتاعه، واستوفى فلا شيء عليهم فيه.

قال أشهب : وقال أيضا مالك في المبيع للعتق، إن لم يوجد من يشتريه إلا بنصف ثمنه أو بثلثه ؛ فإنه يباع بما يعطى به، ويجعل في الثلث.

قال : وإنما الذي كنت أقول : إنه إن لم يشتري بوضيعة الثلث رجع ميراثا. وإن وجدوا بدئى على الوصايا.

وقال أيضا : ما يشبه أن يبدأ، وما أدري ما حقيقته ؟.

قال ابن المواز : فإن أوجدوا من يشتريه بثمنه، أو بأكثر، فليس عليهم وضیعة إلا أن يسمي فيقول : يبعوه من فلان إماما لعتق، أو لغير عتق.

ولابن القاسم غير هذا؛ قال ابن القاسم : إذا قال : من فلان. فانحل فإن لم يقل : عنه. قال أشهب : إذا قال : يبعوه تسمية ولم يقل : من فلان. فليس عليهم ذكر الوضيعة ولهم بيعه بما يمكنهم إلا أنهم إن لم يجدوا، فليحصوا ما بينهم

وبين ثلث ثمنه؛ لأن الوضعية في هذا للعبد لا للمشتري. فإن قال : من فلان. لعتق أو غير عتق فعليهم أن يخبروه بالوصية ؛ لأنها وصية له. فإن لم يخبروه رجع عليهم بما زاد على ثلثي الثمن.

قال ابن القاسم وأشهب : وإذا قال : ممن أحب. فهي وصية للعبد، ولهم ألا يخبروا المشتري. وروى أشهب عن مالك مثله، في العتبية⁽¹⁾ والمجموعة.

قال ابن حبيب : قال أصبغ : وإن قال : يبعوها من فلان أو ممن أحببت. فبيعت ممن أحببت وكنتم، فلا رجوع له بشيء. وقال أشهب عن مالك.

وقال ابن المواز : وإن قال يبعوه. ولم يقل : للعتق، ولا من فلان، ولا ممن أحب؛ فليس بشيء، ولهم / ألا يبيعوه. وكثير مما ذكر ابن المواز، عن مالك، وأشهب، في هذا الباب ؛ ذكر مثله عنهما ابن عبدوس.

ومن المجموعة، قال ابن كنانة، في الموصى فيه أن يباع ممن أحب؛ فلا يقام للمزادة، ولكن يجمع له ثلاثة أو أربعة فيقوم، ثم يحط ثلث القيمة. وإن أوصى مع ذلك بوصايا لم يبدأ عليها. ولو أحب العبد أن يشتريه رجلان - يريد : هذا أو هذا - فليتزايده فيه، فمن وقع عليه وضع عنه ثلث ذلك الثمن. أراه يريد إن تزايده على أن يحط الثلث، وإلا فلا يحط، وقد تطوعا بالمزادة.

قال ابن كنانة : ولو قال : يبعوه رقبة، قومه العدول، ثم يحط ثلث القيمة، ويُدَّى على الوصايا.

قال أشهب، في الذي يباع ممن أحب؛ إن أئى من أحب أن يأخذه بوضعية الثلث، فله أن ينتقل إلى غيره ممن أحب. ولو طالت⁽²⁾ : ما لم يطل ذلك حتى يضر بالورثة. فإن لم يحمله الثلث، أو كان العبد هو المال كله، فليس عليهم أن يبيعوه بوضعية ثلث ثمنه، ولا بثمانه كله. ولو وجدوا من يشتريه بذلك، ولكنهم

(1) البيان والتحصيل، 13 : 65.

(2) كلمة غير واضحة في الأصل يمكن أن تقرأ طالت أو قالت أو كانت اخترنا منها القراءة الأولى.

يخبرون بين بيعه، أو يقطعون⁽¹⁾ له بثلث الميت، يعتق فيه. فإن لم يجد ممن أحب من يأخذه بثلاثي ثمنه، عاد رقيقاً وبطلت الوصية. ولو قال : يبعوه من فلان ولم يقل : للعتق. فلم يبيعوه منه بثلاثي ثمنه لأنه لا يخرج من الثلث ؛ قطعوا لفلان بثلث الميت. ولو بذلوه له بوضيعة ثلث ثمنه فأبى سقطت الوصية. وأما البيع للعتق فهي وصية له ولفلان. فإن لم يحمله الثلث ولم يبيعوه بوضيعة ثلث الثمن أعتقوا منه محمل الثلث لأنه يصير عتقا / مبدأ على وصيته لفلان. وإن أبدلوه له بثلاثي الثمن فلم يفعل، فلا شيء له ولا للعبد.

ط62/16

قال ابن الماجشون، في المبيع للعتق إن لم يجدوا من يأخذه بوضيعة ثلث ثمنه فإنه يستقر ملكه، فتزول الوصية بحكم حاكم، أو بعلم من العدول.

قال سحنون مثل قول أشهب؛ أنه ليس للمريض أن يوصي ببيع عبده ممن يعتقه إن لم يحمله الثلث وإن لم يحاب، إذ لا حكم له في الثلثين.

قال أشهب : ولو لم يملك غير عبد أوصى بثلثه لرجل، وأن يباع⁽²⁾ من ثلثه بالقيمة فلا وصية له في الثلثين.

قال ابن القاسم : إذا قال : يبعوه ممن أحب ولا يملك غيره، فأحب العبد رجلا بذل فيه ثلثي قيمته فللثة ألا يبيعوه منه.

قال علي، عن مالك : وإن قال : يبعوه رقبة ولا مال له غيره فأبى الورثة بيعه، قيل لهم : إما بعتموه رقبة وإلا فأعتقوا ثلثه.

وقال أشهب، في البيع ممن أحب إذا لم يجد من يأخذه بوضيعة الثلث، ممن أحب؛ إن الوصية تبطل. وأنكر قول من قال - يعني ابن القاسم - : يقال لهم بعد ذلك : يبعوه بما وجدتم وإلا فأعتقوا ثلثه. وقال : لو كان هذا أصلاً،⁽³⁾ لكان إن لم يفعلوا أعتقوا منه ثلث الميت. وهذا حكم ما حالت فيه الوصايا.

(1) في الأصل، ولكنهم يخبروا بين بيعه أو يقطعوا له بثلث بحذف نون الرفع.

(2) في الأصل، وإن تباع بالناء الفوقية.

(3) في الأصل، لو كان هذا أصل.

ومن العتبية⁽¹⁾، قال أشهب، عن مالك، في الذي قال ببيعه ممن أحب، ومعه وصايا يلحقه فيها عول لا يعرف مبلغه، فبيع الآن ممن أحب بمائة - وهي قيمته - على أن يحط ثلثه، أو ما يلحقه منه مع العول فلا يجوز؛ لأن ذلك مجهول، إلا أن يبتاعه بثمنه على أن تكون / الوضعية للعبد. فما وقع له في العول أخذه العبد، فيكون كماله المستثنى؛ إن شاء انتزعه أو تركه؛ فذلك جائز.

63/16

وقال عيسى، عن ابن القاسم، في المبتاع ممن أحب، إذا ضاق عنه الثلث، رجع إلى معنى العتق لأنه عبد معتق ثلثه، فإذا صار إلى العتق بُدئ على الوصايا. وإن لم يدع غيره، وأوصى لرجل بعشرة؛ فإما أن يبيعه بوضعية الثلث، وأعطوا العشرة لفلان، وإلا ما أعتقوا ثلثه، وبطلت الوصية.

ومن كتاب ابن المواز قال أشهب، عن مالك : إذا أوصى أن تباع رقبة، وأوصى بوصايا، فليوضع ثلث ثمنه، ويبدأ على الوصايا. وإن قال : يباع ممن أحب، وضع ثلث ثمنه ولم يبدأ.

ومن المجموعة قال ابن القاسم وأشهب وعبد الملك : إذا خلعوا الثلث، دخل العتق، وبُدئ في الثلث.

قال أشهب : فإن فضل من الثلث فضلة، فهي لأهل الوصايا.

قال عبد الملك : فإن أجازوا وصية العبد ولم يجيزوا الآخرين، مضى عتق العبد كما شرط بغير وضعية إلا وضعية تكون من حصة الورثة.

قال : وإن قال : يبيعه رقبة. فإن وجدوا من يشتريه بوضعية ما بين ثمنه عبداً، وثمنه رقبة، واستوفى به طويلاً؛ عتق في الثلث، أو ما حمل.

وقال ابن القاسم : إن قال : يبيعه ممن أحب؛ فلم يأخذه الذي أحب إلا بنصف قيمته - وقيمته ثلاثون - وضاق الثلث، فرضي الورثة ببيعه بذلك؛

(1) البيان والتحصيل، 13 : 60.

فليحاص أهل العبد في ثلثه أهل الوصايا. وهو عشرة، وتكون الخمسة التي وضعها الورثة من أموالهم. /

ولو قال : يباع للعتق. والسؤال بحاله، فالثلث هنا مبدأ، ويكون السدس من أموال الورثة.

ومن كتاب ابن المواز : وإذا أوصى أن يباع عبده ممن أحب، أو من فلان، فأعتقه الورثة فليس لهم ذلك، وليبيعه بوضيعة الثلث.

ولو قال : يبيعه ممن يعتقه، فشاؤوا كلهم عتقه، فذلك لهم.

قال أشهب : وإذا بيع للعتق كما أمر، ثم طرأت وصايا فلا يضره ذلك.

ولو قال : يباع ممن أحب أو من فلان، فهذا يحاصه أهل الوصايا.

ولو طرأ دين لرد عتقه؛ قال : يباع للعتق، أو ممن أحب. إلا أن يكون الثلث واسعا يحمله بعد الدين. فإن لم يكن كذلك، وقال : يباع ممن أحب، فبيع، فأعتقه المبتاع، فليرجع على المشتري فيما وضع له، ويمضى عتقه إياه.

ولو قال : يبيعه رقبة، أو من فلان يعتقه. ثم طرأ دين، فلا يرجع على مشتريه، وليرجع في ثلثه، لا في ثلثيه.

وقال أصبغ : قال محمد : ولو طرأ دين يبقى بعد وفائه ما يخرج من ثلثه، لم يرد منه شيء. ولو لم يبق ما يحمله ثلثه، رق ما عجز عن ذلك، وقوم ما رق منه على المعتق. وكذلك لو طرأ دين يرق به ثلث العبد لعتق على المبتاع وقوم عليه. وكذلك لو قال : ثلث عبدي لك، على أن تعتقه؛ فأعطاه ثمن الثلثين، وأعتق جميعه، ثم طرأ دين على المبتاع فلا سبيل لغرمائه، إلا على ثلثي العبد. ولو طرأ عليهما دين قبل العتق رد عتق جميعه، وإن لم يطرأ إلا على المبتاع فلا تقويم على البائع. وأحب إلينا أن يرجع الورثة العبد كله، ويردوا ما أخذ من الثمن، ويبيعوه لمن يعتقه.

وقال ابن حبيب : / قال أصبغ، في الموصى أن يباع ممن أحب، فإن أئى من أحب أن يأخذه بوضيعة الثلث قيل للورثة : يبعوه منه بما طلب، وإلا فأعتقوا ثلثه. ولو كانت أمة، فحملت من المبتاع لم يرد ذلك، كالمدير، رضيت أم كرهت، وكذلك الموهوبة ممن يعتقها تباع فتحمل من المبتاع. قاله ابن القاسم. وقال أشهب : تُردُّ إلى رها بالثمن.

قال أصبغ : ويرجع المبتاع على الورثة بثلث ثمنها، وبثلثي قيمة عيب كتمان الوصية للذي دخل عليه من ذهاب ثلثي ثمنها.

قال ابن حبيب : قال أصبغ، فيمن دبر عبده في مرضه، وقال : إن حملة ثلثي فأعتقوه، وإن عجز منه شيء، فخذوا منه كذا، وكذا. أو قال : خذوا منه شيئاً وأعتقوه. إن ذلك لا يلزمهم ؛ لأنه ليس له أن يقضي فيما جاوز ثلثه.

فيمن أوصى أن تباع جاريته ممن يرفق بها أو يحبها أو يولدها أو أوصى في صغيرة أن تباع ممن أحببت فرضيت الأم بالتفرقة

من العتبية⁽¹⁾ قال أبو زيد : قال ابن كنانة وابن القاسم، فيمن أوصى أن تباع جاريته ممن يرفق بها، فلتبع ممن يرى أنه يرفق بها من غير شرط ولو أئى حتى يوضع عنه ثلث الثمن.

ومن المجموعة، قال ابن كنانة : إذا أوصى أن تباع ممن يتخذها أم ولد، أو ممن يحبها، وضعوا له من الثمن.

قال : تباع بغير شرط ممن يرجون أنه يتخذها أم ولد، ومن يرفق بها. فإن فعل ذلك، فذلك. وإن لم يفعل، وباعها، فلا شيء عليه.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 383.

(ومن العتبية⁽¹⁾)، روى / أشهب عن مالك، فيمن أوصى في صبية أن تباع ممن أحبت ولها أم؛ قال : لا يفرق بينها وبين الأم، إلا أن تشاء الأم، ويكون ذلك على وجه النظر للصبية فيمن يملكها.

قال ابن نافع في المجموعة : لا يفرق بينهما - وإن رضيت الأم - ولتبع معها، ولا يوضع من ثمنها، كما لا يوضع من ثمن الأمة.

فيمن أوصى أن يشتري عبد فلان للعتق أو لفلان وكيف إن أوصى مع ذلك ببيع أحد أو بوصايا

من كتاب ابن المواز، قال مالك : ومن أوصى أن يشتري عبد فلان فليشتر، ويزد ربه ثلث الثمن إن لم يرض، ويتدا على الوصايا، فإن امتنع، استوفى به حتى يطول الزمن أو يعتق أو يموت، ثم يرجع ذلك ميراثا.

قال ابن القاسم : وأنكر قول من قال : يرجع ذلك في رقاب. وقاله أصبغ. قال ابن وهب : يستأنى به إلى موته، أو عتقه قيمته وثلث ثمنه، أو ما حمل منه الثلث، وإن قل.

قال محمد : وقاله أشهب، عن مالك، وخالفه. وقال : لا يستأنى به، إذا أنى ربه البيع.

قال عبد الملك في المجموعة : إذا أوصى أن يشتري فيعتق أعطي قيمته، وبأقل. فإن أنى، ردوا إلى القيمة وثلثها.

قال أشهب، في المشتري للعتق، أو لفلان. والثلث يحمل قيمته وثلثها، فليشتروه بذلك وإن كرهوا، فإن لم يبعه ربه أصلا، استبرأ، واستوفى، فإن تمادى على إباطه فلا شيء عليهم فيه، ولا في ثمنه للعتق ولا لفلان.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 25.

وروى ابن وهب عن مالك، في المشتري للعتق؛ أن يستأني به بقدر ما يرى
الولي من / الاجتهاد. فإن أبي فليس عليهم شيء. وإن تطوعوا بركة فحسن. 65/16

قال أشهب : ولو قال قائل : يعطى الموصى له الثمن، لكان غير الوصية؛
لأنه لو ضاع ببيعه وطلب الموصى له أخذ الثمن لم يكن له ذلك.

قال : وإن لم يخرج الثمن لم يكن له، وثلثه من ثلث الميت؛ أشترى بمبلغ
الثلث ليس عليهم أكثر منه. كما لو قال : يشتري للعتق، فإن بيع به جبروا عليه،
وإن لم يبع به، لم يكن عليهم شيء لربه، ولا للموصى لهم.

ومن كتاب ابن المواز : ولو قال : يشتري عبد فلان ولم يقل : للعتق. أو
قال : يبعوا عبدي من فلان. فلا استيناء فيه، إذا أوى هذا من البيع، وهذا من
الشراء؛ سقطت الوصية. فإما يبعوه للعتق. أو : اشتروه للعتق فيستحسن أن
يستأني بالثمن. قاله مالك وابن القاسم وابن وهب.

قال مالك : وإن قال : اشتروا بما قام، فأعتقوه من ثلثي. فلا يزداد على ثمنه.
وإن أوى ثلثي به، وذكرها ابن عبدوس، عن مالك، ولم يذكر مما قام.

ومن كتاب ابن المواز، قال مالك : ومن أوصى بعتق رقبة بستة عشر دينارا،
فقليل له : جارية فلان. فقال : اشتروها. فاشتروها بعشرين ومات؛ قال : هي من
الثلث.

قال محمد : يعني لا يعتق غيرها، فإنه معنى ما قصد إليه الميت ؛ لقول
مالك : من الثلث. فجعلها الوصية نفسها ولو لم يحملها محمل الوصية، لكانت
من رأس المال، ولكان يشتري غيرها بستة عشر من بقية ثلث تركته. وإن قال :
اشتروا عبد فلان، فأعتقوه، وبيعوا عبدي ممن يعتقه، وضاق؛ فليبدأ الذي يباع
ل للعتق، إن كان يخرج / وحده من الثلث، بوضيعة ثلث ثمنه. ويقال للآخر : إما
بعته بما قضوا في العبد الآخر ؛ إن كان بقية الثلث، وإلا رجع ذلك ميراثا. ولو
كان ثم فضل غيره، أضيف إليه؛ ما لم يزد على ثمن المشتري، أو ثلث ثمنه.

وإما إن لم يخرج عبد الميت من ثلثه قهم مخيرون؛ إما باعوه بثلثي ثمنه واشتروا الآخر من ثلثي الثمن بما يخرج منه من ثلث الميت. فإن بيع بذلك، وإلا فلا شيء عليهم.

وإن شاؤوا أعتقوا من عندهم مبلغ ثلث الميت كله.

ومنه، ومن العتبية⁽¹⁾، روى أشهب، عن مالك، فيمن أوصى أن يشتري عبد بعض ورثته فيعتق؛ قال يزداد في ثلث ثمنه كالأجنبي ولا يهتم وإن علم أن الحكم يوجبه ذلك؛ وإن بلغ ثمنه مائة دينار.

محمد : وروى عنه ابن القاسم : لا يزداد في ثمنه شيء. وقاله ابن القاسم، وأشهب، وابن عبد الحكم، وأصحابهم.

قال أشهب : ولو كانت الزيادة يسيراً من كثير، لم ترد. وهي وصية لوارث.

قال في العتبية⁽²⁾ : ولا آخذ بقول مالك في زيادة الثلث للوارث إلا أن تخس قيمة العبد حتى لا يهتم [أن يزيد بمثل ذلك ولاته]⁽³⁾؛ فإنه يزداد ثلث ثمنه في هذا. وأما إن كان ذا ثمن فلا يزداد، ويهتم. فإن أوى البيع بطلت الوصية.

فيمن أوصى أن يكاتب عبده ويعطى فلان من كتابته كذا أو في السبيل وكيف إن أوصى لرجل بألف مما على مكاتبه وأراد الورثة دفعها إليه، فأبى من ذلك ؟

من المجموعة، قال المغيرة : ومن أوصى أن يكاتب عبده بألف فيعطى منها فلان أربعمائة فأبى العبد فلا شيء له في رقبته.

وقال ابن نافع : إذا قال / أدد إلى فلان مائة وأنت حر. فخرج من الثلث، ثم عجز عنها؛ فإنه يرجع ميراثاً وتبطل الوصية.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 70.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 70.

(3) ما بين معقوفين جاء في البيان والتحصيل على الشكل التالي : أن يكون أراد بذلك وراثته.

وقال علي، عن مالك، فيمن أوصت أن تجعل على خادمتها ثلاثمائة درهم؛ تؤدَّى كل شهر خمسة دراهم؛ فما أدت فهو في السبيل، فإذا أدت ؛ فهي حرة فإن أدت⁽¹⁾ صدرا ثم عجزت، قال : تباع ويتصدق بثمنها في السبيل.

من العتبية⁽²⁾، روى أصبغ، عن ابن القاسم، فيمن أوصى لرجل بمائة درهم مما على مكاتبه؛ فقال الورثة : نحن نعطيك الألف، وتكون جميع الكتابة لنا فأبى قال : لعله يعجز، فتكون لي فليس ذلك له، ويلزمه أخذ الألف إذا أعطوها له.

وإن أوصى أن يعتق نصف مكاتبه، ويؤخر عنه النصف ؛ فقال بعض الورثة في ثلاث سنين. فقال بعض الورثة : أنا أضمن هذه الثلاث نجوم، وأعتق النصف الباقي فلا خير فيه، فإن نزل، فالعتق ماض، وإن حل نجم وقد أعدم الضامن فلا رجوع على العبد، ويتبع الضامن، والعبد حر ؛ وولاؤه للمعتق الأول.

وهذا الباب يستقصى في : كتاب : المكاتب، وذكر الوصية بجزء من الكتابة، أو بمال منها، وغير ذلك، والاختلاف فيه.

فيمن أوصى أن تشتري رقبة فتعتق ولم يذكر ثمنها، ولا واجباً أو تطوعاً

ومن كتاب ابن المواز : ومن أوصى بشراء رقبة تعتق عنه، ولم يسم الثمن ؛ قد روى ابن القاسم عن مالك أن ذلك يخرج بالاجتهاد بقدر الثلث في قلة المال وكثرته، ويخاص بذلك أهل الوصايا.

وقال أشهب : لا ينظر إلى قلة الثلث وكثرته، ولكن / يشتري رقبة وسطا 66/16 ط
كما قيل في العشرة ولو عجز الثلث عن رقبة وسطا؛ في الواجب وغيره، ويخاص بهذا وهذا استحسان، والقياس أن يخاص بقيمة أدنى النسم، كما تجزئ عن المتظاهر،

(1) في الأصل، فاد بدون أن والصواب ما أثبتناه.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 304.

وقاتل النفس، والأول أحب إليّ كما قلت في المتزوجة على خادم : إنها تكون وسطة.

وفي باب بعد هذا؛ ذكر الوصيّ يشتري رقبة معينة أودنيعة أو بشرط العتق.

فيمن أوصى أن يشتري عبد بعينه بكذا فيتعق ولم يبع إلا بزيادة فزادها العبد أو غيره نقداً أو إلى أجل

من المجموعة، قال ابن القاسم، عن مالك : ومن أوصى أن يعتق عنه عبد بعينه بخمسة عشر ديناراً، فأبى ربه بعه بذلك، فزاده العبد عشرة دنائير ليبيعه ممن يريد عتقه؛ فإن نقده الزيادة فذلك جائز ولا شيء على الوصيّ. وأما على أن يكتب على العبد دين فلا.

ومن كتاب ابن المواز، وهو في العتبية⁽¹⁾، من رواية عيسى، عن ابن القاسم، فيمن أوصى؛ أن اشتروا عبد فلان بستين ديناراً فأعتقوه، وأعطوا العبد عشرين ديناراً. فأبى ربه إلا بثمانين؛ فيعطيه العبد العشرين الموصى له بها؛ فلا يعجبني أن تكون في ثمنه؛ إذ لعله أراد أن يكفه بها. ولو أذاها العبد من مال بيده؛ لم أر به بأساً. ولو أنه أدى العشرين أمضيت ذلك، ولم يكن للعبد رجوع فيها.

ومن العتبية⁽²⁾، والمجموعة، قال ابن القاسم، عن مالك، ورواه ابن وهب، في المجموعة : ومن أوصى أن يشتري رقبة بثلاثين فتعتق. / فأبى ربه إلا بأربعين؛ فزاد العشرة أخ للعبد حر فبيع، وعتق ولم يعلم الوصي بما زيد، ثم أعلم فأنكر، وقال : لا أرضى إلا أن يشترك في عتقه.

قال عنه ابن وهب : عسى أن يكون عيب.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 175-176.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 467.

قال ابن القاسم : أرى له متكلما. قيل : فماذا ترى ؟ قال ما تبين لي فيها شيء.

قال ابن القاسم : أرى لك متكلما قبل : فماذا ؟

وبلغني عن إبراهيم وعن مالك؛ أنه كعيب يرجع على البائع بقدره. قال : ومعناه أن ينظر إلى قيمته بشرط العتق، وقيمه بلا شرط؛ فإن كان بين ذلك الربع أو الخمس رجع بقدر ذلك من الثمن كما لو بيع وعليه دين كتبه.

قال ابن القاسم، عن مالك : وإن أوصى بمائة دينار من غلة حائطه في رقة تعتق عنه، وأوصى بوصايا، ومات بعد مدة غلت فيها⁽¹⁾ الرقيق، فلا يؤخذ بذلك رأس، فأراد الوصي أن يزيده من عنده تبرعاً ؟ قال : لا يعجبني قبل مواريثه، أو من أوصى له من أقاربه، فلم ير به بأساً.

قيل : فهل يوجد بأرض الروم بذلك أعجمية ؟ قال : ما يعجبني؛ وهذا لم يردده الميت.

قال عنه ابن وهب : ولا يعتق بالمائة في عتق رقة يعتقها غيره. ولكن لو اشترى هو وآخر رقة بمائتين فتعتق جاز ذلك إذا لم يوجد بالمائة رقة.

ومن المجموعة، قال ابن كنانة فيمن أوصى إذا اجتمع من مالي كذا، وكذا؛ أن تشتري به رقة فتوقف؛ تسقي الناس الماء. فأراد الوصي أن يعجل ذلك من ماله حتى يجتمع المال. قال لا يفعل. وليخرجه من مال الميت.

قال ابن، نافع : ومن أوصى بثلثه / في رقة فلا تكسر الرقة منه، وليشتره⁽²⁾ 67/16 ط كله.

(1) في الأصل، بعد مدة غلت فيه الرقيق فكأنه توهم أنه استعمل بعد زمن عوض بعد مدة وتقع هذه الغفلة للمؤلف أحيانا وقد سبق التنبيه عليها في بعض التعليقات.

(2) في الأصل، وليشتره بإثبات حرف العلة والصواب ما أثبتناه.

فيمن أوصى برقة تعتق
هل تشتري بشرط العتق ؟ أو يشتري أخوه ؟
وكيف إن سَمِيَ ثَمْنَا فلم توجد به رقة ؟
وفي الموصي ينقص من التسمية أو يزيد
أو يشتري رقة معينة أو ذمّية

من كتاب محمد : ومن أوصى في رقاب؛ أن تشتري، فتعتق؛ فلا تشتري
بشرط العتق. فإن فعل ذلك الوصي ذلك؛ فإن كان عن واجب، لم يصلح، وهو
مُتَعَدٌّ. وإن كان تطوعاً، رجوت أن تُجزئ.

وقال أشهب : لا نأمر بالشرط فيها. وقال محمد : يريد : في التطوع، لأنه
سمى ثمناً، فنُقد. أو لم يسم، فقدّر الأثمان من غير الشرط، فنُفِدت؛ ولم ينقص منه
الشرط.

قال مالك : وأما الواجب، فلا يشتري بشرط العتق في وصية أو غيرها.
ابن حبيب : قال أصبغ : إذا أوصى بعتق رقاب، ولم يقل إنها واجبة عليه أو
غير واجبة، فينبغي أن يجتنب فيها من العيب، ما يجتنب في الواجبة خوفاً أن تكون
واجبة.

ولو اشترى الموصي رقة بشرط العتق، فأعتقها رجوت أن تجزئ في الوصية
إذا فاتت بالعتق. وإن كانت لا تجزئ في الواجب. وكذلك إن اشتراها متعمداً
بعيب لا تجزئ مثله في الواجب، فإذا فاتت بالعتق، لم يزد، ولا يضمن، وإن
اشترى نصرانية، فأعتقها لم تجز، ويضمن الوصي تعمد أو أخطأ أو جهل وظن أنها
مسلمة لأن هذه مما لا يتقرب بها في الوصايا بالعتق. وأما / المعينة، فقد تعتق في
الوصايا، ويشترط العتق. ولا أمر بذلك الوصي، ولكن إن فعل مضي، ولم يضمن
إلا أن ينص له الميت أنها واجبة فيضمن ما اشترى بالشرط أو بعيب لا يجزئ

مثله؛ تعتمد ذلك أو جهله أو أخطأ يضمن الثمن، ويشتري به رقبة أخرى، ويمضي عتق الأولى. وولاؤها للميت.

ومن كتاب ابن المواز، والمجموعة، قال مالك : وإن أوصى بخمسمائة في رقبة للعتق يوجد بها رقبة بشرط العتق، لا يجد مثلها بغير شرط إلا بتسعمائة. قال : يشتري دونها بخمسمائة ؛ بلا شرط. ورواها عنه أشهب.

قال أشهب : وهو الذي أحب، إذا وجدوا. ألا ترى أن من أوصى بمال في رقبة، فلم يسمع أنه يشارك به في رقبة ؟

ومن كتاب ابن المواز، والمجموعة، قال ابن القاسم، فيمن أوصى أن تعتق عنه رقبة بألف. وثلثه لا يحمل ؛ فليشتر⁽¹⁾ ما يحمل ثلثه. فإن لم يوجد، شورك به في رقبة. فإن لم يوجد، أعين به في آخر كتابة مكاتب يعتق بها. وقاله مالك، وأشهب.

قال أشهب : لا يعجل به إذا لم يوجد به رقبة حتى يبلغ إياسه، فيفعل الباقي فإن عجزوا، لا يعجل حتى يبلغ إياسه ؛ فحينئذ يعان به في آخر الكتابة. فإن لم يوجد أعين به مكاتب على أي حال كان. وكذلك الوصية بالحج لا تبلغ، فليحج به من حيث يبلغ، أو يعان به حاج من حيث أوصى كل ذلك واسع.

قال في كتاب ابن المواز : وأحبها أن يحج بها من حيث أوصى. [وقال ابن القاسم : من حيث بلغت] قال أشهب، في الكتابين : وإن أوصى أن يعتق / عنه بماله كله، فلم يجز الورثة ؛ فليعتق عنه بالثلث. ولا قول لمن قال : تبطل الوصية. أرايت لو قال : تعتق عني نسمة بمائة من مالي، ومائة من مال فلان أو : بمائة، وخمر. بطلت الوصية. ولو قال بمائة بعينها ؛ فوجد بعضها واديا (كذا)، أو استحق، ورضي البائع. فما بقي أبطل الوصية.

68/16 ط

(1) في الأصل، فليشترى بإثبات حرف العلة.

ومن المجموعة، قال ابن كنانة : وإن أوصى بشراء رأسين للعتق بمائة ؛ كل رأس بخمسين ؛ فاشترى الوصي رأسا بثمانين، وأخرى بعشرين ؛ فلا يجوز مثل هذا التفاوت. ولو كان بينهما مثل الدينارين والثلاثة لجاز.

قال مالك : ومن أوصى بشراء رقبة تعتق عنه، فاشترى الوصي أخاه ؛ فإن كان تطوعا جاز. وإن كان عن واجب، فغيره أحب إلي.

قال ابن القاسم : لأن ثلثه كله ينفذ بعد موته بأمره، فهو كإله كله في حياته ؛ لا يجوز إلا ما كان يجوز في حياته. فإن فعل الوصي، ضمن. ولو أوصى أن يشتري أخوه. ولم يقل : فأعتقه عنى. فإنه يعتق.

وفي باب في الجزء الأول، روى عيسى، عن ابن القاسم، فيمن أوصى أن يشتري عبد بخمسين فيعتق عنه. فاشترى الوصي رأسين بخمسين فأعتقهما ؛ فإنه ينفذ عتقهما، وعلى الوصي ضمان خمسين ؛ يشتري بها عبدا ؛ فيعتقه عن الميت وهو متعد.

فيمن أوصى لأخته أن تعتق أو تباع للعتق فأبت وكيف إن قال خيروها في البيع أو العتق ؟ وكيف إن اختارت وجهها ثم رجعت ؟

من كتاب محمد، ومن العتبية⁽¹⁾ من سماع ابن القاسم، قال مالك، فيمن أوصى أن تباع / جاريته رقبة، فأبت ؛ فإن كانت رائعة، فلتبع بغير شرط عتق. وإن كانت من الخدم ثمن ستين رأيت أن تباع بشرط العتق.

وروى أبو زيد مثله عن ابن القاسم، وقال : فإن اختارت الرائعة البيع، فللوثة حبسها، أو بيعها، بغير شرط عتق.

قال ابن المواز : وإن بيعت بغير شرط عتق، لم يوضع من ثمنها شيء. وإن بيعت بشرط وضع ثلث ثمنها.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 440.

قال أشهب في المجموعة في التي أوصى أن تباع ؛ فإن أراد بها الضرر مثل أن يعصيه (كذا)، أو الرجاء لمثلها في الملك أفضل، أو تتخذ للولد، وإذا أعتقت لم يتزوجها إلا أو باش الناس، فلها أن تأبى. وإن كانت من الوحش، فلتبعت للعتق ؛ وإن كرهت ؛ لأن العتق أرجى لها ؛ لأنها في الملك تستخدم وتمتن.

قال سحنون : وقد قيل : لا ينظر إلى قولها على كل حال للعتق. إلا أن لا يوجد من يشتريها بوضيعة الثلث.

وذكر ابن حبيب عن ابن القاسم مثل ما في العتبية⁽¹⁾، وقال أصبغ : وكذلك لو قال لورثته : أعتقوها. فقالت : لا أحب العتق. فهو مثله في القياس، ولكنني أستحسن - إن حملها الثلث - أن تعتق. وإن لم يحملها. أو كان إنما قال : تعتق ثلثها، أو نصفها. فلم يرد ذلك وهي رائعة؛ فالقول قولها. وهذا إذا قال : افعلوا. ولم يقل : هي حرة إذا مت. أو نصفها. فأما إذا قال هذا ؛ فلا ينظر إلى قولها، ولتنفذ لها الوصية.

وقال أصبغ : إذا أوصى أن تخير؛ فإن اختارت العتق أعطيت مبلغه. وإن اختارت البيع بيعت، فخيروها، وكنموها المائة، أو كنموها الوصية كلها، وبيعت. قال : يرد البيع، وتخير، فإن حملت من المبتاع / نظر؛ فإن حملها الثلث، وحمل المائة ؛ عتقت، وأخذت المائة. وإن لم يحمل غيرها ؛ عتقت، وسقطت المائة ؛ إلا أن يبقى من الثلث شيء، فيأخذه من المائة. وإن كانت معها وصايا أخذ ما ينوبها في الحصص بالمائة. وإن لم يحمل الثلث رقبته عتق منها ما حمل الثلث من مال الميت. وعتق باقيها على المشتري، ويرجع المبتاع في مال الميت بحصة ما عتق من الميت منها في الثمن، ويرجع من قيمة العيب الذي كنموه بقدر ما عتق على المبتاع منها. وإن أوصى بعتقها، فباعوها، فأولدها المبتاع ؛ فإن حملها الثلث ؛ فهي حرة بالوصية، ويرجع المبتاع بالثمن. ولا شيء عليه في الولد ؛ لأنها حرة.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 174.

وإن حمل نصفها ؛ عتق ذلك في الثلث، ويرجع بحصته من الثمن، وعتق باقيها على المبتاع، ويرجع فيها بقيمة ما قابله من العيب.

ومن العتبية⁽¹⁾ والمجموعة قال ابن القاسم عن مالك في الموصى لها أن تخير في البيع⁽²⁾، والعتق ؛ فذلك لها. فإن اختارت البيع، ثم بدا لها في البيع؛ فذلك لها عندي. فإن قالت : يبعوني من فلان. وقالوا : نبيئك في السوق. فذلك لهم، ولا يوضع من ثمنها بشيء ؛ فإن اختارت البيع، أو العتق، ثم رجعت عنه ؛ فإن كان في إيقاف من الإمام، ولا يحضره عدول ليخبروها ويشهدوا بذلك فذلك لها ؛ ما لم يوقفها القاضي، أو تشهد بينة له بما اختارت. فإن شهد له عليها عدول، ولم يسألوها ليشهدوا عليها، ولا أوقفوا للاختيار، فهو سواء، ولا رجوع لها.

ابن حبيب، عن أصبغ، / عن ابن القاسم ؛ في الموصى لها أن تخير في 70/16
العتق، أو البيع؛ تختار أحد الأمرين، ثم ترجع؛ فإن كان عن إيقاف السلطان، فاختارت العتق؛ فلا رجوع لها عنه. وإن اختارت البيع فلها الرجوع إلى العتق ؛ ما لم تبع.

وقال أصبغ : ليس لها ذلك لأنه حق صار للورثة. وأما إن كان ذلك لغير إيقاف من الإمام، أو تفريع من شهادة، فلها أن ترجع في ذلك.

قال عنه عيسى وابن عبدوس : فإن اختارت البيع، فردت ببيع، فأرادت أن ترجع إلى العتق؛ لم يكن لها ذلك.

وقال ابن وهب : بل ذلك لها؛ لأن بيعها لم ينفذ بعد.

قال مالك : فإن أعتقها بعض الورثة قبل أن تخير؛ فليس عتقه بشيء، وتباع إن أحببت. وقاله ابن القاسم.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 219.

(2) في الأصل، في الموصى له أن يخير في البيع والصواب ما أثبتناه لمناسبة ما بعده.

ومن كتاب محمد، قال ابن القاسم : وإن أعتقها الورثة قبل أن تخير ؛ فليس ذلك، وهي على خيارها. وإن اختارت البيع فلا يوضع من ثمنها شيء. وإن اختارت العتق، ثم رجعت إلى البيع، أو اختارت البيع، ثم رجعت إلى العتق حين لم يوجد من يشتريها إلا بوضيعة؛ فذلك لها ما لم ينفذ فيها ما اختارت أولاً، أو يكون توقيف من إمام، أو قاض - يريد - فلا رجوع لها بعد ذلك.

قال أصبغ : ولو كان ذلك منهم بتوقيف غرم، وإشهاد على ذلك، فهو كالقضاء، ثم ليس لها رجوع بعد عن بيع، ولا عتق.

ومن المجموعة، قال ابن القاسم، وأشهب، في العبد أوصى له أن يعتق، فأبى ؛ فليس ذلك له، ويعتق إن حمله الثلث. قال أشهب : بخلاف ردّ المال يوصى له به؛ إذ له ردّ العطية، وليس أن يرق نفسه.

70/16 ظ

فيمن أوصى بعق أمته بتلا أو إلى أجل / فبيعت، وكيف إن ولدت من المبتاع ؟

من المجموعة قال أشهب، في من أوصى بعق أمته فبيعت؛ فالبيع باطل، وهي حرة، ويرد الثمن، فإن ولدت من المبتاع لحق به بغير قيمة عليه ؛ لأنها حرة. وإن كان إنما أوصى أن تعتق إلى سنة ؛ فليرد البيع. والولد حر أيضاً، وتؤخذ القيمة من الأب، فتوقف، وتخدم الورثة منها، حتى تنقضي السنة. فإن بقي من القيمة شيء، رد على الأب. وإن نفدت قبل السنة لم يرجع عليه بشيء، وإن خرج بعضها من الثلث ؛ فما خرج منها عتق وبيع الورثة فيها باطل، والمبتاع مخير فيما بقي منها؛ إن شاء تمسك⁽¹⁾ به، وإن شاء رده.

هذا في الوصية بعقها بتلا، فأما إلى أجل، فبيعت قبل السنة والثلث لا يحملها، فالورثة بالخيار ؛ وإما أمضوا عتقها إلى سنة، ثم كان سبيلها سبيل ما

(1) في الأصل، تمسك على وزن تفاعل.

خرج من الثلث، وإلا بتلوا منها ما حمل الثلث، وردوا مصابته من الثمن، والمبتاع
خير فيما بقي منها إن لم تلد. وإن ولدت فلا رد له، لما بقي منها من الرق، ولكن
يلزمه ذلك منها، ولا قيمة عليه في ولده، كمن ابتاع أمة ؛ نصفها حر، ولم يعلم،
ثم علم ؛ فلا رد للنصف الرقيق، وهو عليه بنصف الثمن.

وقال ابن القاسم : بل هو عليه بالأقل من نصف الثمن، أو نصف قيمتها ؛
على أن نصفها حر ويعتق النصف على المشتري الذي ولدت منه.

في الموصى بعقدها إن حملها الثلث وتزيد قيمتها على الثلث

من العتبية⁽¹⁾ والمجموعة قال ابن القاسم، عن مالك، فيمن أوصى بعقده أتمته
إن وسعها ثلثه⁽²⁾ /، فضاف عنها ؛ فإن بقي منها ماله بال ؛ لم يعتق منها شيء. 71/16
وإن بقي منها اليسير، لم تمنع العتق بذلك. وأرى أن تعتق.
قال ابن القاسم : وتُتبع هي بذلك اليسير.

قال سحنون في العتبية : أرى أن يكون ذلك رقا باقيا فيها. قال ابن كنانة في
المجموعة : إن بقي منها يسير، رق منها بقدره. وإن لم يسع الثلث إلا أقلها، لم
يعتق منها شيء ؛ لضرر ذلك على الورثة، ولم يرد الميث ذلك. وكذلك روى ابن
وهب عن مالك.

فيمن أوصى ببيع داره أو عبده من فلان بكذا وأوصى مع ذلك بوصايا أو لم يوص

من كتاب محمد : وإن أوصى أن تباع داره أو عبده من فلان بعشرة. فإن
خرج الدار، أو العبد من الثلث؛ بيع، وأعطى من ثمنه عشرة، لزيد. وإن لم يحمل

(1) البيان والتحصيل، 12 : 437.

(2) ثلثه ساقطة من الأصل أضفناها ليم الكلام بها.

ذلك الثلث ؛ خير الورثة في إجازة البيع بما قال، أو القطع بالثلث في كل شيء للموصى له. وإن أوصى مع ذلك بعشرة ؛ فإن خرج العبد وحده من الثلث ؛ بيع، وأعطى من ثمنه عشرة ؛ ولزيد وإن لم يحمل العبد الثلث ؛ خير الورثة في إجازة ذلك، وإلا قطعوا لهما بذلك في كل شيء، فتحصا فيه ؛ هذا بقيمة ما وضع عنه من ثمن العبد، وزيد بعشرة.

قال أشهب عن مالك : وكذلك لو أوصى لهذا بالثلث. أو يباع عبده ممن أحب ؛ فليحص المسمى له بما سمى، ويحص العبد بثلث ثمنه ؛ فيباع بوضيعة ما وقع له في الحصا. وإن كان قد بيع بثلثي ثمنه، قبل أن يحص له، فأعتقه المشتري؛ أخذ من المشتري العول الذي يصيب العبد ؛ لأنه مات بالعتق.

71/16 ط

محمد : وذلك أن المشتري أعتقه. وأما لو أوصى أن يباع / رقبة لبدئي. ولكن لو طرأ فيه دين لا وفاء له، لرجع في ثلث المعتق رقبة، لبدئي وإن أعتق بقدر ذلك. وأما الثلثان فلا.

فيمن اشترى عبدا أو وهب له في مرضه
على أن يعتقه، أو كان عبد ابنه
ومن أعتق عبد ابنه في مرضه أو في وصيته

من المجموعة قال ابن القاسم : ومن اشترى عبداً في مرضه على أن يوصي له بالعتق، ففعل ؛ فالبيع فاسد. فإن فات بعتق بعضه في الثلث بهذه الوصية ؛ رد إلى قيمته يوم تبايعا، وتمضي الوصية للعبد يسع الثلث ثمنه ما يسع، وليس للبائع ارتجاع ما رق منه، بما يصيبه من الثمن.

وإن قال مريض لابنه : هو⁽¹⁾ عندك ؛ على أن أعتقه عني. ففعل، فأعتقه، فرد ذلك غرماء الأب ؛ فليس لهم ذلك. وإنما أعطيه على أن يعتقه.

(1) في الأصل، هي عندك.

ومن العتبية⁽¹⁾، قال عيسى، عن ابن القاسم : من أوصى لرجل بوصية، فوهب أبو الموصى له عبداً للموصي ؛ شكرا له، فأعتقه الموصي، ثم مات، والوصية أكثر من الثلث، ولم يجز الورثة ؛ فليحص عتق العبد، ويخير الورثة بين إمضاء الوصية، وبين أن يعطوا قيمة الغلام للأب. فإن كانت أكثر من الثلث ؛ عتق منه يحمل الثلث، ورق باقيه للورثة. وإن كان العبد قائما بعينه، والثلث أقل مما أوصي به ؛ خير الورثة بين إمضاء وصيته، وإلا ردوا العبد ؛ إذا لم يعتق.

ومن المجموعة، قال ابن وهب وعلي عن مالك ؛ فيمن أعتق عبد ابنه الصغير في مرضه، أو أوصى بعتقه ؛ قال : إن حملة الثلث عتق، وأخذ من ماله ثمنه.

ومن كتاب ابن سحنون سؤال حبيب / : ومن أعطى مريضا رأساً يعتقه 72/16 فأعتقه ؛ قال : لا يحسب في ثلثه، وهو حر. ولو رده على المعطي، والمعطى وارثه ؛ لم يكن عطية لو ارث.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 88.

بسم الله الرحمن الرحيم

عونك اللهم

كتاب الوصايا الخامسة

فيمن أوصى أن يُفَرَّق ثلثه في المساكين أو في سبيل الله
كيف يفرق ؟ وفيمن يفرق ؟
وهل يعطى منه أقاربه ؟
أو أوصى به لغنيٍّ وفقير
كيف يقسم ؟ أو أوصى للأرامل ؟

ومن المجموعة روى ابن وهب عن مالك فيمن أوصى بثلثه صدقة، ولم يسم شيئاً ؛ فلتقسم على أهل الحاجة.

قال فيه، وفي كتاب ابن المواز : وإذا قال : يقسم على المساكين. قال في كتاب ابن المواز : ورقاً وحنطة. قال في الكتابين : فليعط المتعفّفون أحب إلي. وإن أعطى الطوافين فواسع. ولا بأس أن يفضل بعضهم ؛ للحاجة والزمانة والذين يعطيهم الورق فلا يعطيهم الحنطة.

ومن المجموعة سئل ابن كنانة في الموصي بثلثه للمساكين ؛ أيدخل فيه أهل الحاجة من قرابته ؟ قال : لا ؛ لأن المساكين منهم الذين يتكفّفون الناس، فهم أولاد أقاربه ؛ إلا أن ينص أقاربه أو يقول : في أهل الحاجة. فيدخل فيه أهل الحاجة من أقاربه، ممن ليس بوارث، ولا موصى له، ولا تضرهم القرابة بل هم أولى أن لا يحرموا.

ومن كتاب ابن حبيب قال مطرف فيمن أوصى بثلثة للمساكين، فلم يقسم حتى صار بعض ورثته مساكين ؛ فللوصي أن يعطيهم كما يعطي المساكين. ولو كانوا يوم أوصى مساكين، وليس في ميراثهم ما يُغنِيهم، فليعطوا على المسكنة.

وقال ابن الماجشون / : أما إذا افتقروا قبل قسمه؛ فليعطوا منه. ولو كانوا يوم أوصى مساكين لم يعطوا. وكأنه زواه عنهم ؛ لعلمه بفقرهم.

وقال أصبغ ؛ عن ابن القاسم : لا يعطوا ؛ افتقروا بعد الوصية أو كانوا فقراء.

قال ابن حبيب بقول ابن الماجشون: قال مطرف وابن الماجشون : ولو كان حبس تجرى غلته للمساكين؛ فقال مالك : إن ولده إذا افتقروا؛ يعطون⁽¹⁾ منه، كانوا يوم حبس فقراء، أو أغنياء. ولكن لا يعطوا جميع غلة الحبس؛ خيفة أن يندرس شأن الحبس؛ ولكن يبقى منه سهم؛ يجرى على المساكين؛ ليبقى اسم الحبس. ويكتب على الولد كتاب؛ أنهم إنما أخذوا على المسكنة، لا على حق لهم دون المساكين. وقاله أصبغ.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك في التي أوصت بثلثها في المساكين، ولها أقارب مساكين ؛ قال : فلا يعطوا جميعه وليعطوا منه⁽²⁾، إلا من كان وارثا.

ومن أوصى بسدسه لمعينين، وسدسه الآخر للمساكين، فأعطى سدس المعينين، ثم افتقروا قبل يقسم سدس المساكين ؛ فإن كانوا يوم الوصية محاييج⁽³⁾، فرجعوا إلى تلك الحال، فلا شيء لهم مع المساكين ؛ لأن الميت على ذلك أوصى. وإن كانوا يوم الوصية أملياء⁽⁴⁾، ثم حدثت لهم الآن حاجة ؛ فلهم الدخول في سدس المساكين.

(1) في الأصل، يعطوا بحذف النون.

(2) في الأصل، فلا يعطوا جميعا وليعطوا منها.

(3) المحاييج : المحتاجون المفتقرون.

(4) الأملياء جمع مليء ومليء وهو الغني المقنن.

ومن المجموعة، قال ابن كنانة : وإن أوصى لأقاربه، وللمساكين بوصية، فلا يعطى من ذلك الغني من أقاربه، ولكن المحتاجين؛ وكأنه إذ جمعهم مع المساكين؛ إنما قصد لذوي الحاجة منهم.

73/16 قال ابن القاسم: بلغني عن مالك / في الموصي بثلثه في السبيل، والفقراء، واليتامى؛ فليقسم بالاجتهاد؛ لا أثلاثا.

قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز: إن قال: ثلثي لقربتي، وللمساكين. فلا يعطى ثرابته نصفه، ولا يعطى أغنيائهم، ولكن فقراؤهم بالاجتهاد.

قال ابن القاسم، وأشهب : وإن قال : ثلثي لفلان، وللمساكين. فلا يعطى النصف، ولكن بالاجتهاد؛ بقدر حاجته، وحاله.

قال محمد : ولو مات فلان قبل يقسم له، فلا شيء للمساكين.

قال أشهب : وكذلك لو قال: ثلثي بين بني إخوتي، وبين بني أختي وبين ولدي فلان. فلا يكون بينهم أثلاثا، ولكن قدر الحاجة والعدد. وقاله ابن القاسم. وقال: ليس كالثلاث: ثلثي لفلان؛ وفلان. وأحدهما فقير، والآخر غني؛ فالثالث بينهما نصفين.

قال أشهب في الكتابين: وإن قال: ثلثي لفلان، ولبني فلان، قال: ففلان كرجل من بني فلان؛ يأخذ كأحدهم.

ومن المجموعة، وغيرها قال ابن القاسم عن مالك : إذا أوصى أن يتصدق بثلثه على المساكين؛ درهما درهما. فأعطاهم نصفًا نصفًا، فجوزوه؛ قال ابن القاسم: إن كان ذلك لأمر، لزمه من قدر أو غيره؛ يعرف ذلك من حضره؛ فإن زاد الوصي على ما أوصى به، أو نقص، ضمن. وإن كان ذكره للدرهم على وجه تفرقة وصيته، حتى تتم، فما زاد الوصي، أو نقص على وجه النظر، فجائز، ولا يضمن. وذكر المسألة في العتبية⁽¹⁾؛ من سماع ابن القاسم.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 479-480.

وذكر ابن المواز، في السؤال؛ فكثير المساكين، فأعطاهم نصف درهم بين رجلين؛ قال: لا شيء عليه.

ومن العتبية⁽¹⁾، وكتاب ابن المواز ابن القاسم / عن مالك فيمن أوصى بصدقة؛ دينار من غلة له؛ في كل سنة؛ في قمح. هل يفرق بمد النبي - عليه السلام -، أو بمد هشام؟ قال: إن كثر الطعام؛ فبمد هشام. وإن قل؛ فبالمد الأصغر.

قال أبو زيد عن ابن القاسم في الموصي لأيتام المعافر وأراملهم بمائة دينار؛ فإن كان الموصي من المعافر، وسكنه بالريف، وكان إذا قدم الفسطاط نزل المعافر؛ فالمائة لأيتام المعافر وأراملها من أهلها، لا لسكانها من غيرهم. وإن كان الموصي ليس من أهل المعافر، لكنه بها ساكن. أو لم يكن يسكن بها؛ فهي لكل من سكن المعافر؛ من يتيم أو أرملة؛ كانوا معافرين، أو غير معافرين.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك: ومن أوصى بشيء في السبيل؛ فليخرج ذلك في الغزو، ولا يخرج في حج، ولا عمرة. وإن تأخر إبان الغزو.

وقال عنه أشهب فيه وفي العتبية⁽²⁾: ولو كانت الموصي بالمدينة، فقدم قوم من المصيصة حجاجاً، فقطع بهم؛ فلا يعطوا منه؛ لأنهم أبناء سبيل، وليسوا بسبيل. وليعط المحتملين في الغزو، أو يبعث به إلى هناك. قيل فقد يموت المعطي قبل يصل. قال: ما ذلك عليك. قال مالك: إنما سبيل الله الغزو. وأما ما كان من السواحل لا يخاف فيها من العدو، ولا يتحفظ منهم كثير تحفظ؛ فلا يعطى فيها شيء. وقال أشهب: الإسكندرية، ودمياط، وشبهها من السواحل؛ من مزاحين أهل الشام ومصر؛ الذي يخاف أهلها، ويخاف عليهم؛ فذلك غزو. وإن شاء بعض ورثته الغزو / وإن كان له بنات وبنات ابن؛ دخلت مع عماتها؛ قال أشهب: لأن الموصي لبني فلان مائة؛ يدخل ولد الولد مع الولد؛ بخلاف الموارث.

(1) البيان والتحصيل، 12: 479-480.

(2) البيان والتحصيل، 13: 36.

قال ابن القاسم : والقسم بينهم سواء الذكر والأنثى. قال أصبغ : وهذا مما لم يختلف فيه.

قال محمد : هذا إن سمّاهم، أو عزّهم بذات أنفسهم، ولم يرد إليهمهم وقوله : بني فلان. على الإبهام ؛ حتى يعلم أنه أراد ذات أنفسهم ؛ فيقسم بالسواء. فأما إذا أبهمهم؛ فهو لمن أتى بعد ذلك.

قال : ولو كان لفلان، أو لولده امرأة حامل ؛ لدخل ما في بطنها في الوصية مع الولد ؛ وإن وضعته بعد موت الموصي. وذلك إن لم يُردهم بأسمائهم.

قال محمد : فإن قال : لولد فلان. وليس له غير ولد واحد؛ فالثلث كله له. ولو قال : لبني فلان كان له ثلث الثلث؛ لأن أقل البنين ثلاثة.

وفي قول أشهب؛ في الواحد؛ أنه يعطى بقدر الحاجة. وقال عنه ابن عبدوس : قال مرة : يعطى على قدر الحاجة. وقال مرة : يعطى على قدر الوصية.

قال أشهب : وإن قال : لإخوة فلان، وليس له إلا أخ واحد؛ فهو مثله؛ لأن أقل الإخوة ثلاثة، إلا أن يكون مستفيضاً في أفواه الناس؛ أن الإخوة اثنان⁽¹⁾ : وليس هذا كالفرائض.

ومن العتبية⁽²⁾؛ روى أبو زيد؛ عن ابن القاسم؛ في الموصي بمائة لبني يزيد، فليدفع إلى من كان من ولد يزيد.

ومن المجموعة، وكتاب ابن المواز، قال أشهب : وإذا أوصى بثلاثة لفخذ، أو لبطن، أو لقبيلة؛ يحصون أو لا يحصون؛ يعرفون أو لا يعرفون. أو قال : لبني فلان، فالثلث بينهم بقدر الحاجة؛ الذكور والإناث؛ بقدر حاجتهم، لا على عدتهم.

(1) في الأصل، اثنين.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 326.

قال ابن المواز : / وقال ابن القاسم؛ فيمن أوصى لبني فلان؛ ولا ولد له، فمات ولم يولد له؛ فليرجع ذلك ميراثا لورثة الموصي قيل : أيوقف؛ ينتظر هل يولد له ؟ قال : إن علم أنه لا ولد له؛ وقف. وإن لم يعلم؛ فالوصية باطل.
وقال أشهب : الوصية باطل؛ علم أنه لا ولد له أو لا يعلم إذا مات الموصي، ولا ولد للموصى له؛ إلا أن يموت، لفلان حمل يومئذ.

قال محمد : كل من أوصى لقوم بأعيانهم، تعمدهم، وعلم أنه عزاهم وحدهم، وليس بحبس ؛ فالقسم بينهم بالسواء. ومن مات منهم بعد موت الموصي، وقبل القسم فحقه لورثته، ولا يدخل معهم من ولد. قاله مالك وأصحابه أجمع، وعليه ثبتوا.

قال مالك : إلا الغلة الجارية، أو سكنى؛ فيؤثر فيه أهل الحاجة.

قال محمد : وذلك إذا قال : لهؤلاء نفر. وهم عشرة؛ فالأمر على ما قال ابن القاسم، وأصبغ، فأما إن قال : لولد فلان. وإن عرف عدتهم يوم أوصى، فهو على الإبهام، والقسم على قدر الحاجة، ولاحظ لمن مات، ولا يحرم من ولد.
وروى نحوه أشهب عن مالك، وقال به.

ولو قال : ثلثي لفلان وفلان، وأولادهم. لم يقسم إلا على قدر الحاجة، ولاحق لمن مات، ولا يحرم من ولد. وقاله ابن القاسم؛ فيمن قال : لإخوتي وأولادهم. أو لبني فلان. وقاله أشهب. وهو أحب إلينا.

ومن المجموعة، ذكر قول ابن القاسم، وسحنون في المدونة، في ولد فلان، وفي الأحوال وبنيتهم إذا كانوا عددا معلوما⁽¹⁾.

وقال ابن المواز: قال مالك في الموصي لأخواله، وأولادهم: إنه لمن أدركه القسم.

(1) في الأصل، كانوا عدد معلوم والصواب ما أثبتناه.

قال محمد : / ولو قال : لأخوالي أو لإخوتي. لم يكن لأحد سوى من كان حيا منهم يوم أوصى؛ وهم كالمعينين. من مات منهم قبل موت الموصي فلا حق له، ولا لورثته. ومن مات بعده؛ فحقه ثابت ما لم يدخل الولد، فيكون قد أبهم. قال عنه ابن وهب وابن القاسم في قوله بتمرة حائطه لقوم وولدهم؛ فذلك على من أدرك جذاه.

قال مالك : وكذلك لمسكنة بني فلان ؛ فهو يوم القسم.

فيمن أوصى لقربته أو لأهله أو لآله
أو لمسكنته أو لرحمه وما أشبه ذلك

من كتاب ابن المواز والمجموعة قال مالك فيمن أوصى لأقاربه بمال؛ فليقسم على الأقرب فالأقرب؛ بالاجتهاد.

قال مالك في العتبية⁽¹⁾ من سماع ابن القاسم : ولا يدخل في ذلك ولد البنات. وقاله في كتاب ابن المواز.

قال عيسى : وينظر فيه على قدر ما يرى، ويترك؛ فرمما لم يدع غير ولد البنات، وولد الخالات.

قال مالك في كتاب ابن المواز: ولا يدخلون في وصيته لولده، وعقبهم.

قال ابن عبدوس : قال ابن كنانة في الموصى لقربته وله أعمام، وعمات، وأخوال، وخالات، وبنات أخ، وبنات أخوات فليقسم ذلك الإمام بينهم على الاجتهاد على قدر مسكنتهم. فإن كان له أعمام، أو إخوة، أو بنو أخ؛ فهم أقرب، ولا يقطع حظ العمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت؛ من ذلك. وليس فيه قدر، ولكن بالاجتهاد.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 428.

قال علي عن مالك : إذا كان له بنو بنين، وإخوة، وبنو إخوة، أو قرابته ما كانت فإنما فيه الاجتهاد، ويفضل أهل / الحاجة منهم، ولا يفضل لقرابته. وهو لجميع أقاربه، ويدخلون فيه من قبل أبيه وأمه، ويعطى فقراء أبناء ورثته وفقراء أبناء من لم يرثه. وهو لمن حضر القسم، ولا شيء لمن غاب.

قال ابن القاسم في العتبية⁽¹⁾؛ من رواية عيسى. وذكر عنه ابن المواز نحوه: لا يدخل الخال والخالة، ولا قرابته من الأم؛ إلا أن تكون له قرابة من قبل الرجال. قال عنه عيسى: وهذا آخر قوله: والنساء والرجال فيه من قبل الأب شرع⁽²⁾ سواء.

قال عن ابن المواز: ويبدأ بالفقراء، ويعطى بعد ذلك الأغنياء.

قال أشهب فيه وفي المجموعة في الموصي لقرابته : إن كل ذي رحم منه؛ من قبل الرجال، والنساء محرما⁽³⁾ أو غير محرم؛ فهو قرابة ولا يفضلوا بالقرب، وأسعدهم به أحوجهم. وإن كان له أخ، وابن خال؛ وابن الخال أفقرهم، فليس الأقرب أولى، وذو الحاجة يؤثر؛ ولكل فيها حق. ولا يدخل قرابته الوارثون؛ استحساناً وليس بقياس؛ وكأنه أراد غير الوارث، كالموصي للفقراء بمال، ولرجل بمال وهو فقير؛ فلا يعطى ممّا الفقراء، وكما لا يعطى العامل عليها الفقير سهمين في الزكاة. وكذلك إن لم يقل : لقرابتي. وقال : ذو رحمي.

قال ابن عبدوس قال ابن الماجشون: إذا قال على قرابتي ورحمي. فإنه يدخل فيه الخولة والقرابة؛ حيث ذهبت، وبنو البنات، وبنات البنات.

قال ابن المواز: قال أشهب: ومن أوصى لقرابته، وله قرابة مسلمون، ونصارى؛ فهم في ذلك سواء، ويؤثر الأحوج.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 347.

(2) في الأصل، شرعا ولعل الصواب ما أثبتناه باعتبار كون سواء تأكيدا لشرع يقول الطبراني في لاميته:

مجدى أخيرا ومجدى أولا شرع والشمس رآد الضحى كالشمس في الطفل (3) في الأصل، محرم والصواب ما أثبتناه.

ومن العتبية⁽¹⁾ عن أصبغ عن ابن القاسم، وذكره ابن الموزان؛ فيمن أوصى
بثلثه / للأقرب، فالأقرب؛ وترك أبويه وجده، وأخاه، وعمه؛ فلتقسم عليهم بقدر
76/16 حاجتهم إليه، ويفضل الأقرب، فالأقرب.

قال محمد: قال مالك: ما لم يكونوا ورثة؛ فإننا نرى أنه لم يرد بوصيته ورثته.

قال فيه وفي العتبية⁽²⁾: والأخ أقرب من الجد، ثم الجد. قال عنه عيسى: يبدأ
بالأخ، فيعطى أكثر من الجد؛ وإن كان الأخ أيسرهما ثم يعطى الجد أكثر من العم؛
وإن كان أيسر منه، ثم يعطى العم ولا يعطى الأخ جميعه. ولو كان الذي أوصى به
على هذا حبس، فالأخ الأول وحده. فإذا هلك صارت لجدّه، ثم بعده العم.

قال في المسألة الأولى: وإن كانوا ثلاثة إخوة مفترقين؛ فالأخ الشقيق أولى، ثم
الذي للأب، وإن كان الأقرب موسراً، والأبعد معدماً، فليعطى الأقرب على وجه ما
أوصى، ولا يكثر له. وإن كانت وصية على وجه الحبس؛ فالأخ أولى وحده
لا يدخل معه غيره.

قال عنه أصبغ في العتبية⁽³⁾: في الموصي لقربته بمال؛ فليقسم على الأقرب
فالأقرب. ويبدأ بالفقراء، حتى يغنوا منها فإن فضل منها شيء؛ عطف به على من
بقي من أقاربه من الأغنياء.

قال لنا أبو بكر ابن محمد: إن قال: على قرابتي. نظر إلى المال، فإن كان
قليلاً كان لأهل حرمه دون غيرهم. وإن كثر دخل فيه الخوالة، وغيرهم.

قال ابن كنانة في الموصي لأقاربه، وسماها صدقة، ولم يسم أهل الحاجة، ولا
غيرهم؛ فلا يعطى إلا الفقراء خاصة. فإن يذكر صدقة؛ فأغنياء قرابته وفقراؤهم
في ذلك سواء. إلا أن يريد الفقراء دون الأغنياء.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 282.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 282.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 296.

قال ابن القاسم، عن مالك / في العتبية⁽¹⁾، والمجموعة، وكتاب ابن المواز: 76/16 ط
ومن أوصى لأهله؛ فعصبته أهله. وإني لأرى لأخواله. قال في المجموعة: ومواليه
حقاً، ولكن العصبه آيين. ويحتد في مثل هذا، ويتثبت، ولا يعجل.

قال ابن المواز: قال ابن القاسم ومن قال: آل فلان، فهو كقوله: أهل
فلان. وهم العصبه، والبنات، والأخوات، والعمات. ولا تدخل فيه الحالات.

قال أبو زيد عن ابن القاسم: وإن لم يبق منه إلا الحال، والحالة لم يدخل فيه،
وهو لعصبته دونهما⁽²⁾.

قال ابن وهب في العتبية⁽³⁾ من رواية أصبغ: إذا أوصى بثلثه على مسكنته؛
فهم الذين يرجع لهم⁽⁴⁾ نسبه، ومواليه عتاقه.

قال ابن القاسم: ونرى في سعه المال أن يؤثر به القرابة؛ الأقرب فالأقرب.
ويعطى موالیه من ذلك، ولا يحرمون إذا كانوا مساكين. وينظر الموصى باجهاده؛
ولا يخيب هؤلاء، ولا هؤلاء. وقاله أصبغ.

ومن كتاب ابن حبيب قال: وقال مطرف، وابن الماجشون: إذا أوصى بثلثه
لقربته، أو لرحمه، أو لذوي رحمه، أو لأهله، أو لأهل بيته؛ فإن قولنا - وهو قول
مالك وأصحابنا - : أنه يدخل في ذلك جميع قربته، ورحمه، وأهله من قبل أبيه
وأمه أي ذلك قال: يدخل فيه الأعمام والعمات، والإخوة والأخوات، والأخوال
والحالات، وبنوهم الذكور والإناث، وبنو البنات، وبنات البنات، ومن أشبههم من
القربات؛ من كل من لم يرثه؛ ممن حجب، أو ممن ليس بوارث.

وذكر أصبغ عن ابن القاسم قال: ليس لقربته، وذوي رحمه، وأهله من قبل
أمه من ذلك شيء، مع قربته من قبل أبيه، في جميع ذلك، ولا لولد البنات؛ / إلا 77/16

(1) البيان والتحصيل، 13 : 296.

(2) في الأصل، لم يدخل فيه وهو لعصبته دونهم.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 296.

(4) في الأصل، فهم الذين يرجع إليه نسبه والصواب ما أثبتناه.

أن لا تكون له قرابة من قبل أبيه ؛ فيكون ذلك لجميع قرابته من قبل أمه، ولولد البنات؛ لأنه يرى أن إياهم، أراد إذ لم تكن له قرابة من قبل أبيه، فيكون ذلك لجميع قرابته؛ من قبل. أو كان من قبل أمه له قرابة قليلة؛ مثل واحد، واثنين. ويقول مطرف وابن الماجشون أقول. ولكن يؤثر الأقرب فالأقرب؛ على قدر القرى والحاجة. ولكلهم فيها حق.

قال ابن الماجشون في موضع آخر من كتاب ابن حبيب: ويقسم بينهم على الاجتهاد، ويؤثر الأقرب فالأقرب، والأحوج فالأحوج؛ إن اتسع المال. ولا بد من عمومهم كلهم؛ فإن ضاق المال؛ سُوي بينهم فيه؛ لأنهم كلهم قرابة. ومن المجموعة، والعتبة⁽¹⁾ من سماع ابن القاسم: ومن أوصى بثلثه للفقراء من فخذ. فإن لم يكن فيهم؛ ففي الذين يلونهم.

قال مالك: ويبدأ بالذين أوصى لفقرائهم بقدر، ولا يعطى أغنيائهم. ثم إن فضل شيء؛ أعطي مسكنة الأقصين. وذكره أشهب في كتاب ابن المواز.

قال موسى بن معاوية عن ابن القاسم: إذا أوصى لفقراء بني عمه، وأقاربه بغلة حائطه، فلم يشهد على ذلك إلا أغنياء بني عمه؛ قال: لا يجوز شهادتهم إلا في شيء تافه؛ لا يهتمون في مثله، ولعلمهم لا يدركون ذلك. وإذا استغنى بعض فقرائهم، واقتصر بعض أغنيائهم؛ فإنما لمن كان يوم القسم فقيراً؛ عند كل غلة. وكذلك في تنقل أحوالهم مرة بعد مرة. وقاله مالك.

فيمن أوصى لمواليه

من المجموعة، وكتاب ابن المواز قال مالك من أوصى بصدقة على مواليه، وله موال من / قبل أبيه، وموال من قبل قرابة له يتوارثون؛ فليبدأ بالأقرب فالأقرب 77/16 ط من مواليه دنية، ويعطى الآخرون منه إن كان في المال سعة، إلا أن يكون في

(1) البيان والتحصيل، 12 : 439.

الأباعد من هو أحوج من الأقارب؛ فيؤثرون عليه. ويبدأ أهل الحاجة؛ أباعد أو غيرهم.

قاله مالك في سماع ابن القاسم من العتبية⁽¹⁾، وكتاب ابن المواز: وما في ذلك أمر بين غير ما يستدل عليه من كلامه، ويرى أنه أراد.

قال عيسى وسحنون عن ابن القاسم: إن بين من أعتق بخاصة؛ وإلا فكلهم مواليه.

وروى ابن المواز عن ابن القاسم أن مالكا اختلف قوله؛ فقال: يدخل فيه موالى أبيه. وقال مثل القول الذي ذكرنا.

قال ابن المواز: يدخل فيه كل مولى له يوم مات؛ كان هو أعتقهم، أو ورث ذلك من عصبته قريبة أو بعيدة، ويؤثر الأوج ممن كان، ويقسم بينهم بقدر حاجتهم.

قال ابن عبدوس: قال علي عن مالك؛ في قوله: على موالى؛ إنه يدخل فيه موالى الموالى، مع الموالى.

وقال ابن الماجشون: إن قال على الموالى عتاقه. فهو لمن أعتق خاصة، لا لموالى مواليه، ولا موالى أبيه، وجده، ولا أولاد من أعتقه الموصي. وإن قال: لموالى. وهم ممن يحاط بهم؛ فكذلك. وإن كانوا كثيرا متفرعين، مجهولين، ولم يقل: عتاقه. دخل فيه موالى الموالى، وأبنائهم، وموالى أبيه، وابنه، وأخيه.

وروى ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم أنه إن قال ثلثي لموالى. فذلك لمواليه العتاقة، ولموالى مواليه، ولأبنائهم، ولن جر ولأهم؛ كان مواليه ممن يحاط بهم، أو متفرعين، حتى يقول: لموالى عتاقه.

(1) البيان والتحصيل، 12 : 434.

وذكر عن ابن الماجشون مثل ما ذكر عنه ابن عبدوس، ورد، وقال: / قال 78/16
لموالي وقد انقرض مواليه عتاقه، ولهم موال وأولاد؛ فذلك عليهم جميعاً؛ كان مواليه
العتاقة الذين انقرضوا يحاط بهم، أو متفرعين مجهولين.

ومن المجموعة: علي عن مالك: وإن أوصت امرأة لمواليها، ولم تقل: عتاقة. أو
ترى أنها أرادت شيئاً بعينه، ويعلم بذلك إنما أرادت من أعتقت وولد من أعتقت،
كمن قال: ولا ولد له أصلي هذا أو عبدي على ولدي. علمنا أنه أراد من عبد له،
ويكون حبساً؛ لأنه أراد مجهوله. ولو قال: وله أولاد عبدي هذا لولدي. كان لهم
مالاً يفعلون ما شاءوا، ولا ينتظر به في (1)، ولا نسب.

ومن العتبية (2) قال أصبغ عن ابن وهب: إذا قال: ثلثي لموالي. وله أنصاف
موال، فليعط كل نصف منهم نصف ما يُعطى المولى التام؛ إن جعل لكل واحد
عشرة، فلهؤلاء خمسة خمسة.

قال ابن المواز: ورواها ابن القاسم عن ابن وهب عن مالك.

وقال ابن عبدوس، وابن حبيب عن ابن الماجشون مثله.

قال ابن حبيب: إذا كان ليس له إلا أشقاص موال؛ نصف مولى، وثلث
آخر، ورابع آخر، ولغيره باقي الولاء؛ فالوصية لهم، وهم فيها سواء. ولو كان له
موال، وهم تامون (3) وأشقاص موال؛ فإن أخذ المولى التام ديناراً؛ أعطى من له
نصف ولأه نصف دينار، ومن له ثلثه ثلث دينار. وقاله أصبغ.

ومن العتبية (4) روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك، وذكره ابن المواز عنه
في الموصي لمواليه أنه يدخل في أمهات أولاده المعتقون بعده، ومدبروه إن خرجوا
من الثلث، وفضلت منه فضلة.

(1) كلمة غير واضحة في الأصل تركنا مكانها بياضاً.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 298.

(3) في الأصل، وهم تامين.

(4) البيان والتحصيل، 13 : 298.

قال عنه ابن المواز: فأما المعتق /⁽¹⁾ ولو كان من فوق اثنان أو واحد، ومن أسفل اثنان أو واحد؛ قال : فالثالث بينهم على عدتهم، ولأنه لما قال: موالِيّ [ولا يلزم كل فوقه هذا إلا سلام منفردة. علمنا أراد جمع جميعهم]⁽²⁾.

ومن العتبية⁽³⁾، وكتاب ابن المواز روى أشهب عن مالك في من أوصى بحوائط له على مواليه، وأولادهم، وأولاد أولادهم؛ يأكلون ثمرها؛ لكل إنسان منهم أربعون صاعاً، وأوصى بذلك إلى رجل؛ فأراد وصيه أن يبتاع لهم من ثمر الحائط رقيقاً للحائط يعملون فيه؛ ليكون ذلك أعدل فيما بينهم وبين الورثة، فأبى ذلك الموالي؛ فليس ذلك لهم. ولكن لا أرى أن يشتري ذلك لهم، في عام واحد، فبقطع بهم. ولكن يشترون؛ بعضهم في ثمرة، وبعضهم في ثمرة أخرى. ولا يسترون ذلك في مرة واحدة.

فيمن أوصى لجيرانه ما حد الجوار؟ وذكر عيال الجار وحشمه

من المجموعة قال عبد الملك فيمن أوصى لجيرانه؛ فحد الجوار الذي لا شك فيه؛ ما كان يواجهه، والجوبة⁽⁴⁾ المستقبل بعضها بعضاً؛ يجمعهم الطرق، والمدخل والمرج، وما وزى ذلك مما لصق بالمنزل من ورائه وجنباة. فأما إن تباعد بين العدوتين، حتى يكون بينهما السوق المتسع؛ فإنما الجوار فيما ذكرنا من أحد العدوتين. وقد تكون داراً عظمت ذات مساكن كثيرة، كدار معاوية، وكثير بن الصلت؛ فإذا أوصى بعض أهلها الجيرانه؛ اقتصر به على أهل الدار.

(1) لوحة من صورة الأصل لم يتضح محتواها ولم نجد نصاً لها في نسخة أخرى فلم يتيسر نشرها ضمن هذا الكتاب.

(2) ما بين معقوفتين مضطرب في التعبير غامض في المعنى يتوقف فهمه في الغالب على الصفحة التي لم تنشر.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 36.

(4) الجوبة : فجوة أو خلوة بين البيوت سميت بذلك لانحياب الشجر عنها.

قال : وإن سكن هذه الدار ربهما وهو الموصي؛ فإن أشغل أكثرها، وقد
سكن منها معه غيره / فيها ؛ فالوصية لمن كان خارجها، لا لمن فيها. وإن كان ^{ظ 79/16}
إنما سكن أقلها؛ فهو كالمكتري، والوصية لمن في الدار خاصة. ولو أسقها كلها
بالكراء، ثم أوصى لجيرانها؛ فالوصية للخارجين منها؛ من جيرانها. وقال مثله كله
سحنون في كتاب ابن المواز.

قال عبد الملك: وجوار البادية أوسع من هذا، وأشد تراخيا؛ إذ لم يكن دونه
أقرب منه إلى الموضع درب جار، وهو على أميال، إذا لم يكن دونه جيران، إذا
جمعهم الماء في المورد، والمسرح للمشاة، ويقدر ما ينزل، ويجهت فيه.

قال ابن سحنون عن أبيه: والجوار في القرى أن كل قرية صغيرة، ليس لها
إيصال في البناء، والكثرة من الأهل، والحارات فهم جيران. وإن كانت كبيرة
كثيرة البنين، كقلشانة، فهي كالمدينة في الجوار.

قال عبد الملك: وإذا أوصى لجيرانه أعطى الجار الذي أسمى المسكن له، ولا
يعطى أتباعه، ولا الصبيان، ولا ابنته البكر، ولا ضيف، ولا نزيل، ولا التابع له.
وتعطى زوجته، ويعطى خدمه إلا أن ينصهم. ويعطى الولد الكبير البائن عنه
بنفقته. وأما الجار المملوك؛ فمن كان يسكن بيتا على حدة؛ فليعط؛ كان سيده
جارا، أو لم يكن.

وقال ابن سحنون عن أبيه: يعطى ولده الأصغر، وأبكار بناته؛ ويدخلون في
الاجتهاد.

وفي الباب الذي يلي هذا ذكر إن مات بعضهم.

**فيمن أوصى لولد فلان
فمات بعضهم قبل القسم أو ولد له ولد
وكيف إن أوصى لجهولين أو لجيرانه فكان هذا؟ (1) /**

من المجموعة ذكر رواية ابن القاسم في الموصي لولده وولد ولده، أو لمواليه ؛ إن ذلك لمن حضر القسم ؛ لا يحرم من ولد ولا شيء لمن مات. وكذلك لأخواله، وأولادهم.

قال أشهب: إذا أوصى لولد رجل، أو لمواليه؛ وهم عشرة معروفون؛ فمن مات قبل القسم؛ فنصيبه لورثته، ولا شيء لمن ولد؛ بخلاف من أوصى للمساكين، أو السبيل، أو الأراذل، أو بني تميم.

وقال مثله عبد الملك، وقال: إذا كانوا معروفين؛ فيحمل أمره على أنه أراد أعيانهم. وقاله سحنون.

ومن العتبية (2) وغيرها قال أشهب عن مالك في امرأة أوصت في مرضها لولد فلان؛ لكل واحد بعشرة فولد له قبل موتها ولد، ومات ولد آخر؛ فلا شيء لمن مات، وأما من ولد قبل موتها؛ فيعطى عشرة، مع من يعطى.

وكذلك في كتاب ابن المواز عنه، وقال: أوصت لهم؛ وهي تعرف عدتهم.

وقال أشهب: إذا أوصى بثلاثة لبني فلان، وهم أربعة؛ يعرف عدتهم، أو لا يعرفها؛ فمات بعضهم قبل موته، وولد آخرون ؛ فالثالث لمن بقي وللمولود، ولا شيء لمن مات. ولو سماهم لم يكن للمولود شيء، وردت حصة الميت منهم إلى ورثة الموصي.

(1) كلمة كتبت هكذا في الأصل والغالب أنها محرفة عن لفظ آخر.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 28.

قال ابن المواز: كل من أوصى لقوم بأعيانهم، تعمدهم، وعلم أنه عزاهم بأعيانهم، ولم يكن حبسا؛ فالقسم بينهم بالسوية، ولا يحرم من مات، ولا شيء لمن ولد. هذا قول مالك الذي عليه أصحابه أجمع.

ومن المجموعة قال عبد الملك: ومن أوصى لجيرانه؛ فهو من المجهول؛ فمن وجدته يوم القسم جارا دخل في ذلك؛ لأنه لم يقصد المعينين. وكذلك لو انتقل بعضهم، أو كلهم، وحدث بعضهم غيرهم، / وبلغ صغير، وبلغت البكر؛ فذلك لمن حضر القسم. وكذلك لو كان ذا جيران قليل، فكفروا. وكذلك إن كانت غلة تقسم؛ فهي لمن حضر القسم في كل غلة.

وروى علي عن مالك فيمن أوصى لبني أخوين له؛ اثنان لواحد، وثلاثة لآخر، بثلاثة من دوره، ورقيقه، وبعشرين دينارا؛ ينفق عليهم منها؛ فمات الاثنان، وبقي الثلاثة، فطلبوا ما بقي؛ فإن حظ الميتين من النفقة لورثتهما؛ لأنهم مسمون بأعيانهم.

فيمن أوصى بثلاثة لفلان ولعقبه

كيف ينتفع به ؟

وفيمن تصدق على ولد ولده

من المجموعة وكتاب ابن المواز قال أشهب: ومن أوصى بثلاثة لفلان وعقبه؛ فليس لفلان أن يأكل من ذلك شيئا، ولا يستهلكه. وله الانتفاع به فيما لا يهلك من التجارة، فيأكل ربحه كله، وعليه ضمانه. ويدخل في ذلك كل من ولد له؛ فإذا انقرض آخر عقبه؛ كان لورثة آخر عقبه بالميراث. وإن كان آخر عقبه امرأة؛ فذلك لها مال من مالها؛ تصنع به ما شاءت.

وإن قال: ثلثي لفلان ولفلان وعقبه. فلهما الانتفاع به، من غير استهلاك. وما ولد للذي أوصى لعقبه، دخل معهما في الانتفاع به، فإن مات الذي سمّي لعقبه ولا عقب له؛ فالمال يصير بين ورثته، وبين الحيّ شطرين، ولو كان الذي

مات لم يُوصَ لعقبه؛ فلا شيء لورثته ما بقي شريكه، أو أحد من عقبه؛ ممن يكون له عقب. فإن لم يبق منهم إلا من لا عقب له؛ صار المال بين ورثة الميت الأول؛ / الذي لم يُوصَ لعقبه، وعقب الذي أوصى لعقبه؛ إذا كان ذلك للعقب، ممن لا عقب له. ولو مات، ولا عقب للموصى لعقبه؛ فالمال بين ورثتهما شطرين. ومن المجموعة ابن نافع عن مالك في المتصدق بصدقة على ولد ولده في غير وصية، فلم يبق منهم إلا بنت؛ فذكر المسألة بطولها في كتاب الحبس.

فيمن أوصى لولد رجل ولا ولد له أو لفقراء بني فلان وهم أغنياء أو لمن قد مات. أو مات الموصى له قبل موت الموصي

من المجموعة: قال ابن القاسم في الموصي لولد رجل ولا ولد له؛ فإن علم الموصي أنه لا ولد له، وقف حتى ينظر هل هو يولد له. وإن كان لم يعلم. أنه لا ولد له؛ فالوصية باطل. وقاله أشهب، وقال: كمن أوصى لرجل قد مات، وقد علم بموته؛ فذلك لورثته. وهذا إن جهل أمر الوصية؛ فأما إن علم أنها لزكاة فرط فيها فلا شيء لورثة الميت فيها، ولا لدين عليه. ولتصدق بها في وجه الزكاة، كمن أوصى بركاته لمن ظنهم فقراء وهم أغنياء. وليس كمن أوصى لرجل، فمات قبل موت الموصي.

قال ابن كنانة: إذا مات الموصى له، فعلم الموصي بموته؛ فليشهد أنه رجع. فإن لم يشهد فلا شيء لورثة الموصي.

ومن كتاب ابن المواز قال أشهب في الموصي لولد فلان، فمات الموصي ولا ولد لفلان يوم مات فالوصية باطل، علم الموصي بأنه لا ولد له أو لم يعلم، وإن ولد له بعد ذلك إلا أن يكون كان حمل يوم مات الموصي.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى عيسى عن ابن القاسم فيمن أوصى / لبني فلان ولم يوجد لفلان ولد فإنه يرجع ميراثا.

قال عنه أبو زيد: إذا أوصى لفقراء بني عمه، فوجدوا أغنياء، فليوقف عليهم، فمن افتقر منهم دفع إليه. فإن لم يفتقر منهم أحد رجعت ميراثا لورثة الموصي.

فَيَمَنُ أَوْصَى بِمَثَلِ نَصِيبِ أَحَدِ بَنِيهِ أَوْ أَحَدِ وَرَثَتِهِ

من كتاب ابن حبيب قال : ومن قول مالك فيمن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد بنيه؛ فإن كانوا ثلاثة فله الثلث. أو أربعة فالربع. وإن كان مع البنين غيرهم من الورثة عزلت مواريتهم، وقسّمت باقي المال على البنين؛ فما أصاب واحدا فمثله للموصي له ؛ كان الخمس جميع المال، أو سدسه أو ما كان. ثم يُجمع أنصباء الورثة مع ما بقي، فيقسّم بينهم. وإن قال فلان وارث مع ولدي. أو من عدد ولدي. أو: الحقوه بولدي. أو: الحقوه بميراثي. أو: ورثوه في مالي.

أو يكون له ابنُ ابنٍ قد مات أبوه، فيقول : ورثوا ابنته مكان أبيه. ففي هذا كله إن كان البنون ثلاثة فهو كابن رابع معهم. أو له ثلاثة بنين وابنتان⁽²⁾؛ فيكون كرابع للذكر وإن كان ذكر⁽³⁾. وإن كان الموصي له أنثى فهي ثلاثة مع الإبتين؛ فتكون وصيته⁽⁴⁾ ثلث المال. وإن كان ذكراً فخمس المال؛ بخلاف قوله : مثل نصيب أحد ولدي.

ومن العتبية⁽⁵⁾ روى عيسى عن ابن القاسم عن مالك فيمن أوصى لرجل بمثل نصيب أحد ورثته، وهم عشرة أولاد ذكور، وإناث. أو ذكور كلهم؛ فله عُشْرُ ماله. وقاله أبو الزناد.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 341.

(2) في الأصل، وله ثلاث بنون وابنتين وذلك خطأ بين.

(3) في الأصل، وإن كان ذكر.

(4) في الأصل، فيكون وصيته.

(5) البيان والتحصيل، 13 : 124-125.

وأنكر مالك قول من قال : يكون كولد زائد معهم.

ومن كتاب ابن المواز قال أصبغ : إن أوصى لرجل / بمثل سهم أحد ولدي،
أو بمثل جزئه، أو كبعض ولدي، أو كأحدهم فهو سواء؛ فهو كوصيته بمثل
نصيب أحدهم. قال محمد : ما لم يقل : له سهم من سهام مالي، أو جزء من
مالي. فهذا لا أعطيه إلا سهم واحد مما انقسمت فريضته عليه على جميع ورثته من
عدد السهام؛ كثر ذلك الجزء، أو قل؛ ما لم يكن أقل من ثلاثة أسهم، فلا أزيد
على الثلث إلا برضا الورثة.

قال مالك في الموصي لرجل بمثل نصيب أحد ورثته، وهم رجال، ونساء،
وزوجات وأُم؛ فليُنظر إلى عدد من يرثه؛ فإن كانوا عشرة، فله العُشر. وإن قال :
مثل نصيب أحد ولدي، أو مثل حظه. أخرج حق من شرك الولد. ثم إن كان
الولد أربعة فالموصى له ربع ما بقي. أو ثلاثة فثلث ما بقي؛ على هذا. وإن كان
واحد أخذ ذلك كله إن حمله الثلث. ثم يرجع الولد، وباقي الورثة إلى ما بقي،
فيجمعونه، فيقسمونه على فرائض الله.

قال ابن عبد الحكم : وهو أصح عندنا من قول أهل الفرائض. وكذلك روى
عيسى عن ابن القاسم في العتبية⁽¹⁾ قال : وإن كان ولدُه بنات، قُسِّمَ ماله على
الفرائض، ثم كان له سهم ابنة من بناته، ثم أُخْلِطَ جميع ما بقي، فقُسِّمَ ببقية على
الفرائض.

ونحوه في كتاب ابن المواز. وقال : إن كان ولده بنات فللبنات الثلثان⁽²⁾.
فإن كنَّ أربعة فله ربع الثلثين. أو ثلاثة فثلث الثلثين على هذا. وفي واحدة نصف
المال إن أجاز الورثة، وإلا فالثلث.

قال أصبغ : وقاله كله مالك، وابن القاسم، وأشهب.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 127.

(2) في الأصل، فللبنات الثلثين.

قال أصبغ : وسواء قال : مثل سهم أحد ولدي. أو مثل / جزئه. أو كـ 82/16
كـ بعض ولدي. أو كأحدهم.

قال ابن القاسم في المجموعة : وإن أوصى لرجل بثلته، وآخر بمثل نصيب
أحد ولده - يريد : وهم ثلاثة - فالثلث بينهما نصفين. قاله مالك، وكذلك ذكر
عنه ابن حبيب.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال عيسى عن ابن القاسم : إذا قال : له سهم كسهم
ولدي. وله ولد واحد فإما أعطاه جميع المال، وإلا فالثلث. وقاله سحنون في
المجموعة.

قال عيسى : وإذا قال من عدد ولدي. فإن كان الموصى له ذكراً⁽²⁾ فله سهم
ذكر. وإن كان أنثى فله سهم أنثى. ويُخلَطُ مع الولد في العدد؛ فإن كان معهم
أهل فرائض أخرجت فرائضهم، ثم أخذ الموصى له، كما وصفنا مما بقي، ثم يُقسَّمُ
كل ما بقي بين جميع الورثة.

ولو قال : هو وارث مع ورثتي. فلتُعَدَّ الحاجة؛ فإن كانوا ثلاثة فهو رابعهم.
ثم على هذا الحساب.

ومن المجموعة قال سحنون : وإن قال : لفلان مثل نصيب أحد ورثتي من
ثلث مالي. أو قال : له من ثلث مالي مثل نصيب أحد ورثتي. فهو سواء. فإن
كان بنوه ثلاثة فله ثلث الثلث.

ومنه، ومن العتبية⁽³⁾ عن أبي زيد عن ابن القاسم في الموصي لبنت ابنه من
ثلثه بمثل نصيب إحدى بناته⁽⁴⁾، وترك بناتاً، وغيره فليُعزَلِ الثلث، ثم يُقسَّمُ

(1) البيان والتحصيل، 13 : 128.

(2) في الأصل، فإن كان الموصى له ذكر.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 334.

(4) في الأصل، أحد بناته.

الثلاثان على الفرائض، فما صار لإحدى بناته⁽¹⁾؛ فتُعْطَى بنتُ الإبن مثله من الثلث. فإن فضل شيء من الثلث، كان لأهل الفرائض كلهم؛ فتصير⁽²⁾ ابنة الإبن مع البنات كأنها منهن.

قال ابن حبيب عن أصبغ فيمن ترك ورثة مختلفين من زوجة، وأم، وإخوة لعلات⁽³⁾؛ فقال: لفلان سهمٌ مثل سهم أحد ورثتي. فانظر / إلى عددهم، فيُعْطَى نصيباً منه. ولو قال: وارثٌ مع ورثتي. زدته على عددهم، ثم أخذ نصيباً من جملة العدد. ولو قال: مثل سهم أحد ولدي. وهم ذكور وإناث فله سهم من عدد الذكور والإناث. بخلاف قوله: هو وارثٌ مع ولدي.

ومن المجموعة قال ابن كنانة: وإن قال: ورثوا فلاناً في مالي مثل سهم واحد من ولدي. فليعط⁽⁴⁾ من الثلث مثل سهم أحد ولده. فإن كان له ابنان، وابنتان⁽⁵⁾، أُعْطِيَ الربع.

وإن قال: ورثوا فلاناً في مالي، فإنه يرث سهماً كسهم وارث من ولده على وجه الوصية. فإن كان ولده ثلاثة جعل رابعهم وإن كانوا أربعة جعل خامسهم. فأخذ ذلك من الثلث.

وإن قال: كسهمان⁽⁶⁾ وارث. ولم يُسمَّ ولدًا، ولا غيره؛ فإنه يُجْعَلُ في ذلك جميع الورثة من زوجة، وغيرها.

-
- (1) في الأصل، لأحد بناته.
 - (2) في الأصل، فيصير بالياء.
 - (3) إخوة العلات: إخوة من أمهات شتى من رجل واحد ويقال أيضاً هم بنو علات أي بنو أمهات شتى من أب واحد وعكسها أولاد أحياف.
 - (4) في الأصل، فليعطى بإثبات حرف العلة.
 - (5) في الأصل، فإن كان له ابنين وابنتين.
 - (6) السهمان بضم السين جمع سهم بمعنى النصيب يقال أصابه في القسمة سهم واحد أو سهمان اثنان بفتح السين أو سهمان كثيرة بضم السين والسهم بهذا المعنى يجمع أيضاً على أسهم وسهمته وإذا كان السهم بمعنى قدح الميسر الذي يقارع به أو واحد النبل فإنه يجمع على سهام.

وإن عَنَى أَنْ يُورَثُوهُ مَعَ وَرَثَتِهِ، وَلَمْ يَغْنِ وَجْهَ الْوَصِيَّةِ فَإِنَّهُ لَا يُقَدَّرُ أَنْ يُزَادَ فِي وَرَثَتِهِ، وَإِنَّمَا يَصِحُّ هَذَا بِمَعْنَى الْوَصِيَّةِ. وَلَا أَعْلَمُ لِمَنْ أَوْصَى بِهَذَا وَجْهًا غَيْرَ الْوَصِيَّةِ.

ومنه، ومن العتبية، وكتاب ابن المواز قال ابن القاسم : وإن أوصى له بمثل نصيب أحد ولده، ولا ولد له، وجعل يطلب الولد ومات ولم يولد له؛ فلا شيء للموصى له.

وقد قال مالك فيمن قال : اكتبوا ما بقي من ثلثي لفلان، حتى أنظر لمن أوصي. فمات ولم يوصي فلا شيء لصاحب باقي الثلث.

ومنه، ومن العتبية⁽¹⁾ أشهب عن مالك فيمن أوصى لرجل، بمثل نصيب رجل من ولده وهم خمسة، فهلك بعضهم قبل الموصي؛ فللرجل مثل نصيب أحدهم يوم موت الموصي. ولو وُلِدَ له فمات وعددهم / أكثر، فكذلك؛ إنما النظر إلى عددهم يوم موت الموصي. ولو لم يَبْقَ إلا واحد، فهذا يرجع إلى الثلث إذا لم يُجْزِ الورثة.

فيمن أوصى لرجل بجزء أو بسهم من ماله

من العتبية⁽²⁾ روى عيسى عن ابن القاسم فيمن أوصى لرجل بجزء من ماله، أو بسهم من ماله ؛ فَلْيُنْظَرْ مِنْ كَمْ تُقَوِّمُ فَرِيضَتَهُ ؟ فَإِنْ كَانَتْ مِنْ سِتَّةِ فَلِهِ السُّدُسُ. وَإِنْ كَانَتْ مِنْ اثْنَيْ عَشَرَ فَلِهِ نِصْفُ السُّدُسِ. وَإِنْ كَانَتْ مِنْ أَرْبَعَةِ وَعَشْرِينَ فَسَهْمٌ مِنْهَا. وَإِنْ كَانَ وَرَثَتُهُ وَلَدًا⁽³⁾ فَإِنْ كَانُوا ذَكَرًا⁽⁴⁾ وَأُنْثَى فَلِهِ الثَّلَاثُ. وَإِنْ كَانُوا أَبْنَاءً وَأَبْنَاتِينَ⁽⁵⁾، فَلِهِ الرَّبْعُ. وَإِنْ كَانُوا ابْنَيْنِ وَأَبْنَاتَيْنِ⁽⁶⁾، فَلِهِ السُّدُسُ.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 71.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 123.

(3) في الأصل، وإن كان ورثته ولد.

(4) في الأصل، وإن كانوا ذكور.

(5) في الأصل، وإن كان ابن وابنتان.

(6) في الأصل، وإن كان ابنان وابنتان.

فإن لم يكن غير ولد واحدٍ فله الثلث. وإن لم يكن له وارثٌ فله السدس لأن ستة أسهم أدنى ما تُقوّم منه الفرائض.

ومنه، ومن المجموعة قال أشهب : إن لم يترك إلا ابنته، ومن لا يحوز الميراث، وليس معه غيره ممن لا يُعلّم عدده؛ فإن له سهماً⁽¹⁾ من ثمانية؛ لأنه أقل سهم سُمّي الله لأهل الفرائض.

قال ابن القاسم : وإن كان أصل الفريضة ستة، إلا أنها تبلغ بالعول عشرة؛ فله سهم من عشرة.

ومن كتاب ابن المواز قال ابن عبد الحكم : إن أوصى له بجزءٍ من ماله، أو بسهم من سهام ماله فقد اختلّف فيه؛ فقليل : له الثمن لأنه أقل سهم ذكر الله تعالى من الفرائض. وقيل : يُعطى سهماً⁽²⁾ مما تنقسم عليه الفريضة؛ قلت السهام، أو كثر. وقيل : يُعطى سهماً من سهام فريضته إن كانت تنقسم على ستة، فأقل؛ ما لم يُجاوِز الثلث، فيردّ إلى الثلث إن لم / تُجزِ الورثة. فأما إن انقسمت على أكثر من ستة، فلا يُنقص من السدس؛ لأن ستة أصل ما تُقوّم منه الفرائض.

قال ابن المواز: والذي هو أحبُّ إليّ، وعليه جُلُّ أصحاب مالك، واختاره ابن عبد الحكم أن له سهماً مما تُنقسم عليه فريضته؛ قلت السهام أو كثر.

وقال أشهب : إذا أوصى له بسهم من ماله فله سهم مما تنقسم عليه فريضته، كما قال مالكٌ فيمن أوصى أن يُعتق من عبده دينارٌ فليُنظر إلى مبلغ قيمته، فيُعتق منها دينارٌ يكون جزءاً فيه. وإن لم يكن للموصي بالسهم إلا ولدٌ واحدٌ فللموصي له المال إن أجاز ذلك الولد، وإلا فالثلث؛ كمن أوصى لرجل برأس من رقيقه فلم يدعْ إلا رأساً واحداً. أو ماتوا إلا واحداً فهو له إن حمله الثلث.

(1) في الأصل، فإن له سهم.

(2) في الأصل، وقيل يعطى سهم.

وإن لم يَدْعُ غير أخت، أو بنت، ومَنْ لا يحوز المال، ولا يُعرَف معها من يُعرَف بعينه، ولا يُعرَف عدده؛ فإن له الثَّمَنَ استحساناً، وذلك بعد الإياس من معرفة خبره. ولو زيد على الثَّمَن من يرى من حاجته رأيته حسناً؛ لما بلغني عن عليّ بن أبي طالب، وابن مسعود، وعبيدة أنهم أجازوا لمن لا وارث له أن يوصي بماله كله، كأنه أنفذ الثلثين فيما ينبغي أن يُفَعَلَ فيه بعده.

قال أشهب : لأن الثلث له. وإن كان ليس هذا قولنا؛ إلا أني قويْتُ به على الاستحسان.

فيمن أوصى لرجل بياقي ثلثه على أن يوصي بوصايا فمات قبل ذلك

ومن العتبية⁽¹⁾، والمجموعة قال ابن القاسم: قال مالكٌ فيمن قال : اكتبوا ما بقي من ثلثي لفلان فأني أريد أن أوصي غداً فمات / قبل أن يوصي. قال : فلا شيء لفلان. 84/16 ط

قال ابن القاسم : لأنه لا يدري ألو أوصى له أبقى له شيء أم لا ؟
وقال أشهب في العتبية⁽²⁾ : له الثلث كله. وروى عنه محمد بن خالد مثله.
وروى أبو زيد عن ابن القاسم أنه لا شيء له. وذكره عن مالك.

قال عيسى عن ابن القاسم، فيمن أوصى لرجل بعشرة دنانير، ثم قال : إنما أريد أن أوصي غداً، ولكن اشهدوا أن ما بقي من ثلثي لفلان. ثم مات قبل أن يوصي فلا شيء له.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 146.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 146.

فيمن أوصى لرجل بمائة ولآخر بمائتين
ولفلان مثله ولم يبين مثل أيهما أراد ؟
أو قال : شريك معه أو معهم
أو قال : وباقي ثلثي لمن فضّلته ثلثان وللباقي ثلثه ؟

من المجموعة روى ابن وهب، وعليّ عن مالك فيمن أوصى لفلان بمائة دينار،
ولآخر بمائتين، ثم قال للثالث : ولك مثله. ولا يُدرى أيهما أراد.

قال : لو أُعطي نصف ما سمي لكل واحد كان صواباً. وذكره ابن القاسم
عن مالك في كتاب ابن المواز.

وقال مالك في كتاب ابن المواز وفي العتبية⁽¹⁾ من رواية عيسى عن ابن
القاسم عن مالك قال : وإن كانوا ثلاثة أُعطي ثلث نصيب كل واحد. فإن
ضاق عنهم الثلث حاصَصَ بذلك أهل الرصايا.

وقال العنبي عن أصبغ عن ابن القاسم مثله. وإن هذا آخر قوليه وهو في
كتاب ابن المواز. قال : وإن قال : لفلان، وفلان خمسمائة. ثم قال : ولفلان
مثله. أُعطي ثلث خمسمائة. وإن لم يسع الثلث حاصَصَ بذلك. وقاله أصبغ.
قال في كتاب ابن المواز : وإن قال : لفلان عشرون، ولفلان ثلاثون ولفلان عشرة.
حتى / تمّ خمسمائة دينار، ثم قال : ولفلان مثله. فإن كان عدد الموصى لهم غيره
عشرة؛ أُعطي عُشر جملة ما أوصى لهم. وإن كانوا خمسة، فالخمس.

ولو قال : فله مثلهم. ولم يَقُلْ : مثله. أُعطي مثل جميع وصيته لهم.

قال ابن القاسم فيه، وفي العتبية⁽²⁾، وفي كتاب ابن حبيب عن أصبغ عنه :
وإن قال : لفلان مائة، وفلان مائتان⁽³⁾. قيل : ففلان. قال : هو شريك معهما.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 272.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 93.

(3) في الأصل، وإن قال لفلان مائة وفلان مائتين.

فإنه يُجمَعُ الثلاثمائة، فتُعْطَى بينهما، ثم يُقَسَّمُ ما بقي على الرجلين على الثلث والثلثين.

قال ابن المواز: وإن كانوا ثلاثة فهو رابع. وإن كانوا أربعة فهو خامس.
وقال ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم مثله. وإن هذا آخرُ قوله؛ وكان يقول: له نصف وصيتهما.

قال: وكذلك قوله: ولفلان مثله، أو مثل أحدهما. وفي القول الآخر في قوله: لفلان مثله، أو مثل أحدهما. فإن كانا اثنين أُعْطِيَ مثل نصف وصاياهما من باقي الثلث، لا ما أوصى لهما. وإن كانوا ثلاثة أُعْطِيَ مثل ثلث وصاياهم من باقي الثلث.

قال ابن القاسم في المجموعة: وكذلك إن قال: هو شريك معهم بالسواء. قال العتبي: وقد قال ابن القاسم في موضع آخر: يكون له نصف وصية كل واحد من الرجلين؛ ليس من بقية الثلث، ولكن من وصاياهم.

قال ابن القاسم فيمن أوصى لأربعة بوصايا مختلفة بعشرة، وعشرين، وثلاثين، وأربعين. ثم كلَّم في آخر، فقال: هو شريك معهم. قال: يُعْطَى نصف وصية كل واحد. فإن قال: هو شريك معهم بالسوية. أُعْطِيَ ربع وصية / كل واحد. 85/16 ط وإن كانوا خمسة فخمسة.

قال ابن المواز: قال ابن القاسم: إذا أوصى لهما بعشرة، وآخر بعشرين، وآخر بثلاثين. ثم قال في آخر: أشركوه معه. فكأنه قال: وله مثل نصفه. فإن كانا اثنين⁽¹⁾ أُعْطِيَ ربع وصية كل واحد. وإن كانوا ثلاثة فسدس وصية كل واحد؛ فعلى هذا يُحسَبُ.

ومن المجموعة عن ابن كنانة فيمن أوصى لقوم بوصايا مختلفة من ثلاثة دنانير إلى عشرة، إلى خمسة عشر، وآخرين بدینارین دینارین، ثم قال: وما بقي من ثلثي

(1) في الأصل، وإن كانا اثنين.

فلثاه لمن فضلْتُ في وصيتي، والثلث للآخرين. قال : والثلاثان - يريد : مما بقي - لكل من زادت وصيته على دينارين؛ لأن ذلك أقل ما أوصى به، ثم يُقسَّم الباقي على عدد من بقي، فيساوَى بينهم فيه على قدر تفاضَل وصاياهم.

فيمن أوصى لفلان بمائة ولم يَقُلْ دنائير ولا دراهم
أو قال خمسة أمداد ولم يُفسِّر
أو قال بشاة من غنمي ولم يُفسِّر
أو قال : بكبش أو ضائنة أو ببقرة وشبه ذلك

من كتاب ابن المواز، والمجموعة عن ابن القاسم. ومن العتبية⁽¹⁾ رواية أصبغ عنه فيمن أوصى لفلان بمائة، ولم يُسمَّ شيئاً، ولا يُدرى ما أراد؛ فإن كان بلده الغالب فيها الدناير فله دنائير. وإن كان الغالب الدراهم فله دراهم. وإن كان هذا، وهذا فله الدراهم - وهي الأقل - حتى يوقن أنه أراد الأكثر، أو يكون لوصيته وجهٌ يُستَدَلُّ به بمثل أن يقول : لفلان مائة دينار، ولفلان عشرة دنائير، ولفلان مائة. ولا يذكر ما هي فله مائة دنائير. وكذلك إن تقدَّم / ذكر الدراهم فله الدراهم وإن كان بلد دنائير إذا جرى للكلام بساطٌ يدُلُّ. وقاله أصبغ.

والمسألة في كتاب ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم.

وقال فيه أصبغ : ولو قال : أعطوه خمسة أمداد. ولم يَقُلْ : قمحاً. ولا شعيراً. فليُعْطَ⁽²⁾ من القمح لأنه الغالب في الناس.

ومن العتبية⁽³⁾ روى يحيى بن يحيى عن ابن القاسم فيمن قال : أعطوا فلاناً مائة. ولم يذكر ما هي قال : قال مالك : تكون له مائة درهم.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 283-284.

(2) في الأصل، فليعطى بإثبات حرف العلة.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 196-197.

ومن كتاب ابن المواز: وإذا أوصى له بشاة من ماله؛ فإن كان له غنم فهو شريك بواحد في عددها ضأنها ومَعَزَها، وذكرها وإنثاء، وصغارها وكبارها. فإن هَلَكَتْ كُلُّها؛ فلا شيء له. وإن لم يكن له غنم، فله في ماله قيمة شاة من وسط الغنم إن حملها ثلثه، أو فيما حمل منها. ولو قال: من غنمي. فمات، وليس له غنم فلا شيء له. وإن مات، ولا غنم له إلا شاة صغيرة، أو كبيرة فهي له إن خرجت من ثلثه، أو ما خرج منها. قال أشهب: وإن أوصى له بتيس من غنمه. فليُنظَرُ إلى كل ما يقع عليه اسم تيس منها، ولا يقع ذلك في البُهَم، والإناث؛ فيُنظَرُ إلى عدد ذلك، فيكون فيها وحدها شريكاً⁽¹⁾ بواحدة. وأما إن قال: بشاة. يعني من غنمه فالتيس، والمعز، والضأن، والصغير، والكبير يدخل في العدد. ولو قال: كبشاً. لم يدخل في ذلك إلا كبار ذكور الضأن. ولو قال: نعجة. لم تكن إلا في كبار إناث الضأن.

فأما إن قال: بقرة من بقري. دخل فيه ذكور البقر وإنثاء. وإن قال: ثور. لم يكن إلا في ذكور الكبار. وإن قال: عجل. لم يكن إلا في ذكور العجول.

فإن قال: بقرة من عجولي. كان في الذكور والإناث من العجول. ولو قال: شاة من بُهَمي. أو ضائنة من خرفاني. لم يدخل في ذلك كبارها.

فيمن أوصى بعشرين ديناراً صدقة أو لفلان
فكُلَّم أن يزيد فقال: زيداً ولم يفسر
ومن قال لفلان عندي دنائير

من المجموعة قال ابن كنانة فيمن أوصى بصدقة عشرين ديناراً. فقيل له: زد فإن لك مالاً. فقال: زيدوا، وزيدوا. فقال: لو زادوا على العشرين من ثلثها كان حسناً.

(1) في الأصل، شريك.

قال ابن حبيب : قال أصبغ فيمن أوصى لرجل بوصية، ثم كَلَّمَ أن يزيدَه فقال : زيدوه. ثم مات، ولم يُسَمَّ ما يُزَادُ قال : قد قيل : يُزَادُ مثل ثلث وصيته. ولا أراه، ولكن يُزَادُ بقدر المال، وقدر الوصية بالاجتهاد من الإمام، مع مشورة أهل العلم.

قال العتبي عن أبي زيد عن ابن القاسم فيمن أوصى، فقال : لفلان عَلَيَّ دنانيرُ. فقال : يُعْطَى ثلاثة وهو أقل ما تكون الدنانير.

فيمن أوصى بثلاثة لثلاثة ثم سمي لكل واحد تسمية مختلفة أو مُتَّفَقَةً أو سمي لاثنين وسكت عن الثالث

من العتبية⁽¹⁾، من سماع ابن القاسم قال مالك فيمن أوصى بثلاثة لثلاثة نفر، ثم قال : لفلان عشرة، ولفلان عشرون⁽²⁾. وسكت عن الثالث. ويُعْطَى للموصى بعشرة عشرة، وللآخر عشرون⁽³⁾، ثم يُقَسَّم ما بقي من الثلث على ثلث الثلث، وعلى العشرة، والعشرين بالحصص.

قال أصبغ في كتاب ابن المواز: يأخذ المسكوت / عنه ثلث الثلث، يُقَسَّم ثلثا الثلث بين المُسَمَّى لهما على ثلاثة أجزاء؛ لصاحب العشرة جزء، ولصاحب العشرين جزءان.

ومن العتبية⁽⁴⁾ روى أبو زيد عن ابن القاسم فيمن قال : لفلان عشرة، ولفلان عشرون، ولفلان ثلاثون. فَوَجِدَ الثلث مائة؛ قال : يُرَدُّ الفضل عليهم بقدر ما حُصِّل بيد كل واحد. ولو قال : لفلان عشرة، ولفلان عشرون. وسكت عن

(1) البيان والتحصيل، 12 : 435.

(2) في الأصل، ولفلان عشرين.

(3) في الأصل، وللآخر عشرين.

(4) البيان والتحصيل، 13 : 336.

الثالث؛ فليُضْرَبَ للمسكوت عنه في الثلث بثلث الثلث، ويُضْرَبَ فيه المسمى
لهما؛ كَلَّ واحد بما سُمِّيَ له.

وإن قال : ثلثي لعبد الله، ومحمد، وأحمد، لعبد الله عشرة، ولمحمد عشرة،
ولأحمد عشرة. فالثلث بينهم أثلاثاً.

ولو سمي تفاضلاً تحاصوا فيه بقدر التفاضل.

قال ابن القاسم : وإن أوصى لواحد بعشرة، ولآخر بعشرين، ولآخر بثلاثين.
ثم أوصى لهم بعد ذلك بالثلث ؛ فَلْيُعْطُوا التسمية، ثم يقسموا⁽¹⁾ ما بقي من
الثلث أثلاثاً.

وقال أيضاً : بقدر ما بأيديهم. وذكره في المجموعة.

فيمين أوصى فقال لفلان عشرة دنانير
ولفلان وفلان عشرة
أو قال ثلثي لفلان أو لفلان
أو قال لفلان وفلان أو فلان

من كتاب ابن المواز - وأراه لأشهب - فيمين أوصى فقال : لفلان عشرة
دنانير، ولفلان ولفلان عشرة. قال : فلأول سبعة ونصف، وللثالث سبعة ونصف،
وللأوسط خمسة.

ولو قال : ثلثي لفلان، أو فلان، أو فلان. فالورثة مخيرون في دفع الثلث إلى
من شأؤوا منهم. وإن شأؤوا قسموه بين اثنين منهم، أو بين ثلاثة. أو فضلوا
بعضهم على / بعض؛ إلا أن يأبى أحدهم أن يقبل من ذلك شيئاً فيكون ما دُفِعَ
إليه، لصاحبيه من شاء الورثة منهما. ولا يرجع إلى الورثة مصابة من أي منهم. ولو

(1) في الأصل، ثم يقسمون بإثبات النون.

أعطوا الثلث لأحدهم، فلم يقبله؛ لم يرجع ميراثاً. وهو لمن بقي من الثلاثة إلا أن يُعْرَضَ عليهم أجمع، فيأبوا منه بعد أن عُرضَ على كل واحد منهم الثلث كله له خاصة، فأباه فليرجع ميراثاً لورثة الموصي.

ولو قال : ثلثي لفلان وفلان، أو فلان. فالورثة مُحَيَّرُونَ؛ فإن دفعوه للأول فليس له منه إلا نصفه، ونصفه للثاني. إلا أن يشاء الورثة دَفْعُهُ إلى الثالث ؛ لأن قوله يحتمل أن يعني : ثلثي لفلان، وأشركوا معه فلاناً، أو فلاناً. ويحتمل أن يُريدَ : إجمعا ثلثي لفلان وفلان. أو أجعلوه لفلان. قال : وإن اختار الورثة أن يُعْطُوا الثلث للثاني لم يكن له منه إلا نصفه، والنصف الآخر للأول لأن الموصي⁽¹⁾ لم يجعل الثاني إلا مع الأول. وأخرج الورثة الثالثَ فذلك لهم. وإن جعلوا الورثة الثلثَ للثالث لم يكن له منه إلا ثلاثة أرباعه، ويكون الربع للأول لأن أكثر دعوى الأول فيه بالنصف ؛ لأنه يقول : أشرك معي أحداً من أحبه الورثة. فله بذلك مقال. ويقول الثالث : بل جعل ذلك كله لي إن شاء الورثة. فله بذلك مقال؛ فالنصف له لا دعوى فيه. والنصف الآخر يُدْعَى فيه الأول، والثالث فيقتسماه.

جامع في الوصية بالمجمول أو بما يُشكُّ فيه ويحتمل وجهين
أو بعق العبد الذي حَجَّ معه فلم يعرف
أو بحقه عليه وله عنده وجهان(2) /

88/16 ج

من العتبية⁽³⁾ روى عيسى عن ابن القاسم فيمن قال في مرضه : لفلان ثمرة حائطي، ولا يُدرى أي ثمرة جعل له، أو كم سنة؟ فإن كان في النخل ثمرة فهي له، وليس له غيرها. وإن لم يكن فيها ثمرة فله ثمر ذلك الحائط حياته. وكذلك في كتاب ابن المواز.

(1) في الأصل (لأن الأول) والصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل، وله عنده وجهين.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 142.

ومن كتاب ابن المواز: وإذا قال : قد تصدقتُ على فلان بجاريتي فلانة التي اشتريْتُ من فلانٍ، وابنتِها. فطلب الموصي له الجارية وابنتِها، فقال الورثة : إنما نسب الجارية إلى ابنتِها في الشراء، ولم يُوصَ بالولد. فليُنظر؛ فإن اشتراها مع ولدها من فلان صدَّق الورثة، ولم يأخذ إلا الأم، ويُجبر هو والورثة على جمعهما في ملك واحد.

وقال عن أشهب : وذكره العتيبي عن أصبغ عن ابن القاسم فيمن أوصى لرجل بعشرة، ولآخر بعشرين، ولآخر بالسدس. فإنما له سدسُ رأس المال لا سدسُ الثلث. قال ابن المواز : وروى ابن وهب عن مالك أن له سدسُ الثلث إن كان قوله هذا بعد وصية، وإن كان بعد إقرار بدينٍ فله سدسُ جميع المال. قال محمد : بل له سدس جميع المال في المسألتين.

ومن العتبية⁽¹⁾ قال سحنون عن أشهب فيمن أوصى بعق العبد الذي حج معه، وقد عُرف أنه حج معه عبدًا إلا أنه لا يُعرف، فادعى ذلك عبده⁽²⁾؛ قال : تبطل الوصية، هم رقيق.

قال أصبغ : قال ابن القاسم فيمن قال في وصيته : أعطوا فلاناً ثلث مالي، وخيروه. أتراها وصية؟ قال : نعم.

ومن المجموعة قال ابن القاسم : وإن قال : ما كان لي عند فلان من حق فهو له. وله عنده دين، / وقراض، ووديعة؛ فإن ذلك كله له. وقاله مالك. وإن قال : ما كان لي على فلان من حق فهو له، فلا يعدوا الدين، ولا يدخل فيه القراض والوديعة.

قال ابن القاسم : قال مالك : ومن قال عند موته : ما كان لي على قرابتي من حق فهو لهم. فمات، وله عند أحدهم قراض؛ قال : أراه له فيما يحضرني.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 219.

(2) في الأصل، عبده وسيكون التعبير أوضح لو قال (أحد عبده).

قال عنه عليّ فيمن قال لغلّامه : أَخْذُم ابني حتى يستغني، ثم أنت حرّ. ما حَدُّ الإِسْتِغْنَاء؟ قال : يستغنون عن خدمته بمال يحدث لهم، أو قُوَّة على ما يصلحهم، وربما كَبَّرَ الولد، وليس بغنى عن خدمته، فإذا كان له من المال ما يستغني به عن خدمته، فأرى أن يُعْتَقَ.

فيمن أوصى بعق خيار رقيقه أو قدماهم أو قال بعضهم أو بأحد أفراسه الثلاثة لرجل بعينه أو أبهم ولآخر بخير الباقيين ولثالث بالباقي

من كتاب ابن عبدوس، وابن المواز، ومن العتبية⁽¹⁾ من رواية أصبغ عن ابن القاسم فيمن أوصى بعق خيار رقيقه فليُعْتَقَ أعلاها ثمناً، ثم الذي يليه، ويقاربه في الثمن، حتى يوعَبَ الثلث. قال أصبغ : إلا أن يُرى أنه أراد الخيار في الدين والصلاح بسبب يدلّ أو بساط فيُحْمَلُ على ذلك، وإلا فأغلاها ثمناً.

قال ابن القاسم في كتاب ابن المواز، وابن عبدوس : فإن وسعهم كلهم الثلث أعتق منهم المرتفعون⁽²⁾، ولا يُعْتَقَ الوخش مثل ثمن خمسة عشر؛ هذا إن كانوا متباينين جداً في الثمن، فيُعْرَفُ بذلك أنه أراد المرتفعين منهم. وأما إن تقاربت أثمانهم / فليبدأ أهل الصلاح منهم. فإن قال : أعتقوا قدماً رقيقي. عُتِقَ^{89/16} الأول فالأول، حتى ينفد الثلث. فإن وسعهم الثلث كلهم نُظِرَ إلى الذي يُظَنُّ أنه أراد في قدم الكسب وحدوثه فيبدأ بالقدماء، ولا شيء للمحدثين. وإن اشتراهم جملة واحدة عُتِقَ ثلثهم بالسهم. وقاله أصبغ.

ومن العتبية⁽³⁾ روى أبو زيد عن ابن القاسم في الذي يقول : أعتقوا عبيدي القدماء. وله عبيد منذ عشر سنين، وعبيد منذ خمس سنين، ومنذ ثلاث، ومنذ

(1) البيان والتحصيل، 13 : 280.

(2) في الأصل، المرتفعين.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 341.

سنة؛ فإن حملهم الثلث عُتِقُوا كُلُّهُمْ. وإن كان له عبيد منذ أقل من سنة، فليساوا
بقدماء.

قال : فإن لم يكن له عبيد قبل السنة، وكلهم بعد السنة منذ خمس، وأربعة،
وأكثر، وأقل؛ ولم يَسْغَهُمُ الثلث تحاصوا، وعتق منهم مَحْمِلُ الثلث.

ومن المجموعة قال ابن كنانة فيمن قال في مرضه : خيار رقيقى أحرار. فقيل
له : ومن خيارهم؟ فقال : فلان وفلان وفلان. قال : فلا يُعْتَقُ إلا من سَمَّى، ولا
عتق لباقيهم.

ومن المجموعة قال سحنون : ومن أوصى أن يُعْتَقَ بعضُ عبيده فليُعْتَقَ ما
لا يُشْكُ فيه أنه بعضهم، وهو عبد واحد. ولا يكون نصف عبد بعض عبيده.
ومن قال : بعض رقيقى أحرار. أو قال : حر. فأما قوله : حر. فهو واحد
من اثنين، أو من ثلاثة. فإن قال : أحرار. فهم اثنان من ثلاثة، فأكثر.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى عيسى عن ابن القاسم فيمن له ثلاثة أفراس، أو ثلاثة أعبد
فأوصى لرجل بفرس منها، أو عبداً ولم يُعَيِّنْهُ، وقال : وخيروا فلاناً بين الباقيتين
فيأخذ ما شاء. والثالث لفلان. / فليُعْطَ⁽²⁾ الأول ثلثها؛ يُعْطَى وسطاً منها يكون فيه
ثلثها. قال أصبغ : يعني : يُجْمَعُ له ثلث قيمة كل واحد في فريق منها بالسهم.
فإن زادت القيمة عليه أتم من غيره ما بقي له، ثم يُخَيَّرُ صاحب الخيار، في خير
ما بقي، حتى يُكْمَلَ فرساً، إن كان فيها كَسْرٌ من فرس، ثم يكون للآخر ما
بقي؛ جبيراً كان أو كسيراً. ومثله في المجموعة عن ابن القاسم.

ومن المجموعة لأشهب وهو في كتاب ابن المواز : وإذا قال : لفلان ثلثها.
أو قال : فرساً منها : لم يُسَمَّه — وخيروا فلاناً بين الباقيتين، وللثالث ثلث
قيمتهم ؛ يأخذ بالسهم. فإن جاءه أقل من فرس فليس له غيره، ويُخَيَّرُ الخَيْرُ في

(1) البيان والتحصيل، 13 : 131.

(2) في الأصل، فليعطي بإثبات حرف العلة.

الباقيين، فيأخذ أحدهما، ويأخذ الآخر الباقي، ويأخذ الورثة ما فضل من الفرس الأول. وإن وقع سهم صاحب الثلث في اثنين، أخذ ذلك، وأخذ ذو الخيار الفرس الثالث، كما لو وقع له سهمه في واحد، ومات واحد. وإن وقع له فرس ونصف، أخذ ذو الخيار الفرس الباقي، وأخذ الثالث النصف.

قال ابن المواز: فإن قال: المخير يأخذ نصف هذا الفرس، ونصف الثالث. فقال أصبغ: ذلك له. ولم يُعْجِئني، وسأُنظر فيه إن شاء الله.

قال ابن القاسم، في جميع هذه الكتب: فإن سمي للأول فرساً بغيره، فنسي، فله ثلث كل فرس، ثم يأخذ المُخَيَّرُ ثلثي المرتفع، وثلث الوسط، ويُعطى الموصى له بأدناها ثلثي الدنيء. وثلث الوسط. وقاله سحنون.

90/16 وفي كتاب ابن المواز قال في سؤاله: إذا عاب / الشهود على الفرس بعينه، أو قالوا: عُمِّي علينا بعد أن كانوا يعرفون⁽¹⁾، وحُكِمَ بشهادتهم. قال ابن المواز: وقول ابن القاسم هذا صواب. وكان يقول: يأخذ صاحب المعين - يُريد: إذا جهل - فيُعْطَى ثلث كل فرس، وللذي له خير الباقيين نصف قيمة الرفيع، ونصف قيمة الوسط، وللثالث نصف قيمة الوسط، ونصف قيمة الدون يتحصون بذلك كلهم. والأول أوضح منه.

ولو قال: لفلان خيرها، ولفلان أوسطها، ولفلان أدناها. فهلك أحدها، فلم يُعْلَمَ ما هو خيرها، أو الوسط، أو الدون؛ فللموصى له بخيرها ثلثا المرتفع من الباقيين. وللموصى له بالأدنى ثلثا أدناها. ولصاحب الوسط ثلث كل واحد.

(1). في الأصل، يعرفوه بحذف النون بدون مبرر للحذف.

فيمَن أوصى لرجل بما في بيته
أو أوصى له بظرف وفيه طعامٌ أو دراهم
أو تصدق بدار وفيها طوب وخشب
لمن يكون ؟

من كتاب ابن المواز، والمجموعة، والعنينة⁽¹⁾ روى أشهب عن مالك في التي
أوصت بجميع ما في بيتها لمولاتها، أو قالت : ما في بيتي لها. فقالت المولاة :
تأخذ ثياب ظهرها. وقال الورثة : لم تُردِ الثياب. فقال مالك : مَنْ يرث؟ قيل :
كَلَالَةٌ. قال : ومِ ثيابها؟ قيل : أمرٌ يسيرٌ. قال : ما أراها أرادت إلا أن تكون
ثيابها لمولاتها. وما ثيابها من متاع البيت، ولكنها تُورث كَلَالَةً. وكان إنما أرادت أن
تكف مولاتها ثيابها. قيل فالتى ماتت فيها تدخل في ذلك ؟ قال : نَعَمْ. وما كان
من ثيابها وَهناً فلا يدخل في ذلك.

ومن هذه الدواوين قال ابن القاسم فيمن قال : ادفعوا / هذا الخيش - قال
في المجموعة - المسح الشعر لفلان. فوجدوه مملوءاً طعاماً فليأخذه بطعامه. ولو
قال : أعطوه الخريطة الحمراء - والخريطة مملوءة دنائير - فله الخريطة وما فيها.
وكذلك إن قال : زقاً كذا. فوجد مملوءاً غسلاً فهو له بمافيه من غسل. ولو كان
مملوءاً دراهم لم يأخذه إلا فارغاً.

ومن كتاب التفليس من العنينة⁽²⁾ قال عيسى عن ابن القاسم : إلا أن يكون
قد عرف أن فيه دراهم فهو له - يريد : بما فيه -.

ومن العنينة⁽³⁾ من الوصايا من سماع عيسى قال ابن القاسم فيمن تصدَّق
بثلث دار له في مرضه، وفيها طوبٌ، وخشبٌ أعدّه للبناء، فطلب المعطى ثلث
ذلك، ومنعه الورثة قال : لا شيء له في الطوب والخشب. وروى عنه أبو زيد فيمن

(1) البيان والتحصيل، 13 : 26.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 122.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 192.

أوصى بثلثه للسبيل، إلا العراض. وفي العراض خشب. وطوب ملقى أعده للعمارة. فإن كان شيء نقضه منها فلا يُباع شيء. وإن كان إنما جاء به لبناء بها فذلك يُباع، ويُخرجُ ثلثه⁽¹⁾.

فيمن له عبيدٌ مُسمَّونَ⁽²⁾ باسم واحدٍ
أو ثياب بصفة واحدة
فيقول عبدي أو ثوبي لفلان ولا يُعرِّف
أو يقول أعتقوا واحداً عن ظهاري
وفيهم من لا يُجزئ

وهذا الباب أكره في كتاب العتق.

ومن المجموعة قال ابن كنانة : وإذا قال عند موته : يزيد حرّ. واسم كل واحد يزيد؛ فلم تُثبِت البينة أيهم هو؛ فلا يُعتق منهم أحدٌ حتى تُثبِت البينة بعينه.

وقال سحنون : إذا كان له عبدان اسم كل واحد ميمون؛ فقال : ميمون حرّ، وميمون لميمون. ثم مات؛ فإن حملهما الثلث أسهم / بينهما؛ فمن خرج له العتق فله الباقي. وقد قيل : إنما للحر نصف الباقي. وإن لم يحمل الثلث إلا واحداً⁽³⁾ خرج حرّاً.

ومنه، ومن العتبية⁽⁴⁾ رواية يحيى بن يحيى عن ابن القاسم : إذا قال في وصيته : ساجي⁽⁵⁾ الطراري لفلان. أو : عبدي فلان لفلان. فيوجد له عبيدٌ بذلك الاسم، أو سيجان طرارية ؛ فلينظر إلى عدد العبيد والسيجان؛ فإن كانوا

(1) البيان والتحصيل، 13 : 318-319.

(2) في الأصل، مسمين.

(3) في الأصل، إلا واحد.

(4) البيان والتحصيل، 13 : 202.

(5) المراد هنا بالساج : الطيلسان الأخضر ويجمع على سيجان على وزن تيجان.

خمسة فله خُمُسهم. أو ثلاثة فله ثلثهم يأخذ ذلك بالسهم. وهو كقوله : عبدٌ من عبيدي لفلانٍ. أو قال : ساجٌ من سيجاني لفلان. وقع له ساجٌ أو ساجان، أو عبدٌ. أو عبدان. وأما لو شهدوا عليه في صحته أنه أعتق عبده فلاناً⁽¹⁾، أو تصدق به على رجل وله عبيدٌ على ذلك الاسم، ولا يعرفون من أراد بها هنا تسقط شهادتهم إذا أنكر السيد، ولم يُعَيِّنُوا البينة⁽²⁾ عبداً بعينه..

ومن المجموعة قال ابن القاسم، وأشهب - وذكره ابن حبيب عن أصبغ عن ابن القاسم - فيمن قال : أعتقوا عبداً من عبيدي في ظهار عليه. وله عبيدٌ فليُنْظَر إلى كل من لا يجوز منهم في الرقاب الواجبة، وإلى من تقصُرُ الثلث عن قيمته، فيُعزَل، ويُنْظَر إلى ما يجوز في الرقاب الواجبة ممَّن قيمته الثلث فأدنى، فيُسَهَّم بين هؤلاء، فيُعْتَق من خرج سهمه. قال أشهب: ولا عتق لمن بقي.

قال ابن القاسم في المجموعة : فإن لم يكن في الذين يجوزون في الرقاب الواجبة ممن قيمته الثلث فأدنى؛ فإنه يُبتاعُ له رقبة فتعتق عنه.

وقال / سحنون فيمن أوصى أن يُعتَق عنه أحدٌ عبديه⁽³⁾ عن ظهاره؛ فلم يُقَوِّمًا حتى صار إلى ما لا يجوز في الظهار؛ فإنه يُعتَق عنه أحدهما.

فيمن أوصى لفلان بميمونٍ أو مباركٍ
أو بأحد عبديه ولم يُسمِّه
أو أوصى له بالعتق على هذا

من كتاب ابن حبيب قال ابن الماجشون : من قال في وصيته : أُعْطُوا لحمد عبدي يزيد، أو مباركاً⁽⁴⁾. فليُسَهَّم بينهما بغير قيمة، ويأخذ ما أخرج

(1) في الأصل، عبدي فلان.

(2) جمع المؤلف هنا بين الاسم الظاهر والضمير على لغة أكلوه البراغيث والمراد إن لم يعين الشهود عبداً بعينه.

(3) في الأصل، أحد عبديه والصواب ما أثبتناه.

(4) في الأصل، أو مبارك.

السهم؛ إلا أن يرضى هو والورثة على واحد بغير مساهمة فلهم ذلك. وكذلك لو قال : يزيد أو مبارك لحمد، والآخر لعبد الله. فعبد الله ومحمد بمثابة الورثة ؛ إن تراضى محمد وعبد الله على أحدهما لمحمد بلا سهم جاز ذلك. وإن تشاحا أسهم لمحمد في أحدهما، والباقي لعبد الله. وهو كمن قال : يزيد حر، أو مبارك. إنما يُسهم بينهما بغير تقويم فيعتق من خرج سهمه ؛ كان أقل من نصف قيمتهما أو أكثر؛ لأنه إذ أسماهما فقد أراد أن يكون كاملاً للحرية، أو لفلان. ولا يجوز للورثة أن يجعلوا الحر واحداً منهما بلا سهم، لأن السهم حق لكل واحد منهما.

قال ابن الماجشون : وإن قال في وصيته : أعطو لزيد أحد عبدي⁽¹⁾. فله نصف قيمتهما يأخذه بالسهم بلغ ذلك ما بلغ؛ بعض عبد أو أكثر من عبد.

وإن قال : أحد عبدي⁽¹⁾ لزيد أو عمرو. فليُسهم بين زيد وعمرو فمن خرج سهمه فهو شريك للورثة بنصف قيمتها على ما ذكر. ولو قال : يزيد أو مبارك لزيد أو لعمرو أسهم بين الرجلين⁽²⁾؛ فمن خرج اسمه أسهم له في يزيد أو مبارك. ومن خرج أخذه كاملاً /.

92/16 و

وإن قال : أحد غلامي لمحمد، والآخر لعبد الله. فالعبدان لهما بينهما بالسواء، كما لو جعلهما لهما.

ولو قال : يزيد أو مبارك لزيد، والآخر لعمرو. فزيد مباداً بالسهم؛ يُسهم له عليهما؛ فمن خرج له فيه السهم أُعطيه؛ وكان الآخر لعمرو.

وإن قال : لزيد غلامي يزيد، أو لعمرو غلامي مبارك. فليس لهما إلا غلام واحد. فإن تراضيا على أحد الغلامين، فوصيتهما فيه وكان بينهما نصفين. وإن اختلفا أسهم لهما على أحد العبدین فكان بينهما.

(1) في الأصل، أحد عبيدي.

(2) في الأصل، بين رجلين والصواب ما أثبتناه.

ولو قال : لزيد غلامي يزيد، أو غلامي مبارك حرّاً. أَسْهِمَ بينهما؛ فإن خرج يزيد كان لزيد. وإن خرج مُبَارَك كان حرّاً. وليس لزيد، ولا للورثة أن يتراضوا على عتق أحدهما، أو يُعْطُوا لزيد واحداً بلا سهم لأنها حرية تُرْجى لأحدهما.

وقال أصْبَحُ في جميع ما وصفتُ : الورثة مُحَيَّرُونَ؛ كان شيء واحد أو شيان⁽¹⁾، أو لا سَهَمَ في شيء منه إلا فيما فيه ذِكْرُ حرية؛ إلا في قوله : لزيد أحد عبدي⁽²⁾. فله نصف قيمتهما بالسهم لأنه شَرِكُهُ فيها. ويقول ابن الماجشون قال ابن حبيب.

وفي الباب الذي يلي هذا من معاني هذا الباب.

ومن المجموعة قال عليّ عن مالكٍ فيمن أوصى لرجل برأس من رقيقه، وترك ثلاثة أعبدٍ وقيمةً واحد عشرة، والآخر عشرون، والثالث ثلاثون : فحقّه عشرون؛ فإنه يُسَهَّمُ له فإن خرج له مَن قيمته ثلاثون فله ثلثاه. وإن خرج ذو العشرين فهو له. وإن خرج ذو العشرة؛ أخذه، وأُعِيدَ السهم؛ ليأخذ بقيمة حقه.

فيمن أوصى بخدمة عبده لفلان ولفلان

سنة سنة / ولم يذكر مَن يُبَدَأُ

أو: عبدي يخدم أحد بني فلان ولم يُسَمِّهم

أو : يخدم فلاناً ولم يُؤَقِّتْ.

ثم هو لفلان أو وهب خدمته لرجل

من المجموعة قال ابن كنانة فيمن أوصى في عبدين له يخدمان بني فلان وبني فلان سنة سنة، ولا يوهبان، ولم يُسَمِّ مَن يُبَدَأُ؛ قال : ما أرى فيه أفضل من القرعة، فمن خرج له سهم التبدئة بُدِئَ به، ثم الذي يليه. فإذا أخذهما أهل

(1) في الأصل، كان شيء واحد أو شيئين والصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل، أحد عبيدي.

الميت سنة، رجع إلى الذي كانت له التبدئة أولاً، ثم الذي يليه، ثم الذي يليه كما كان شأنهم أولاً.

وإن قال : عبدي يخدم رجلاً من هؤلاء الثلاثة نفر ولم يُسمِّهم؛ فليقرع بينهم فمن خرج سهمه خدمه، ولا شيء للآخر. ولو قال - يريد لورثته - : أنظروا فأخذوا غلامي واحداً من هؤلاء الثلاثة. فذلك للورثة، يُخدمون⁽¹⁾ من شاءوا.

قال أشهب : وإذا قال في وصيته : لفلان خدمة عبدي سنة، ولفلان بقيته. فكأنه قال : يخدم فلاناً سنة، ثم هو لفلان بتلاً

وكالقائل : لفلان ثلثي، ولفلان منه عشرة دنانير. فالعشرة مبدأة. وإن قال : يخدم فلاناً⁽²⁾. ولم يقل : حياته. ولا وقت. وقال : فإذا مات فهو لفلان. فأما في قول من رأى أنه إذا أخدمه عبداً أنه له حياته وإن لم يقل حياته؛ فإنه يخدمه حياته إن خرج من الثلث، ثم هو للآخر. وإن لم يخرج فما خرج منه فهو على ذلك. وأما في قول من لا يراه له حياته فإنه يكون له على ما يرى من الاجتهاد أنه أريد به من طول أو قصر، أو أنه يكون له ذلك حتى يسترد ذلك الورثة، بعد الاختدام، والسكنى؛ فإنهما يتحصان صاحب / الخدمة بقيمة ما يرى له منها، وصاحب الرقبة بعد موت المخدم بقيمته على المرجع، فيكون فيه ثلث الميت بينهما على ذلك.

والذي أرى أن القائل : عبدي يخدم فلاناً. أنه يخدمه حياته. وإن فعل ذلك. وقال رجل : إشهدوا أنني وهبت خدمة عبدي هذا لفلان. ثم مات فلان فلا شيء لورثته من خدمته. ويرجع إلى الورثة.

ومن الناس من يقول : إذا لم يؤقت أجلاً، ولا حياته فللسيد أن يرجع في خدمته متى شاء.

(1) في الأصل، يخدموا بحذف النون والصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل، يخدم فلاناً.

ولا أرى ذلك. وأراه له حياته.

وقال ابن المواز: إذا أوصى أن يخدم فلاناً، ولم يُوقَّت فلم يختلف أصحابنا أن ذلك حياة المُخدَّم. وهو إن شاء الله قول ابن القاسم، وأشهب. إلا أن ابن القاسم قال فيمن قال: وهبْتُ خدمةً عبدي هذا لفلان. إن ذلك حياة العبد، حتى يُستَدَّل أنه حياة المُخدَّم.

وقال أشهب: بل هو حياة المُخدَّم.

فيمن أوصى بوصايا وأوصى معها بما لا أمد له من وقيد مسجد وسقّي ماءً أو نفقة وشبه ذلك

من المجموعة، وكتاب ابن المواز قال مالك في الموصي بوقيد في مسجد أبداً، وأوصى بوصايا، فليُحَاصَّ للمسجد بالثلث. قال سحنون: وقاله الرواة.

قال عبد الملك: يُضْرَبُ للمجهول بالثلث، فيُنْظَرُ ما وقع له يُوقَفَ لذلك ما وقع له. ولو وقع في وصيته أصناف من هذا المؤبد المجهول ضُرِبَ للمجهولات كلها بالثلث. ولو لم يوصِ بغير المجهولات، قُسِمَ الثلث على عدد المجهولات.

وكذلك إن قال: قَدِّوا في المسجد - يعني أبداً - واسقوا راوية كل يوم، وأنفقوا على فلان ما عاش. فإنما يُضْرَبُ لهذين مع النفقة بالثلث / يريد: مع أهل الوصايا غيرهم.

ومن كتاب ابن المواز وأراه لأشهب ومن أوصى أن يُنْفَقَ على فلان درهم في كل شهر؛ ويُعْتَقَ، وحملان في السبيل، وأن يُتَصَدَّقَ بدرهم كل شهر فليُعَمَّرَ صاحبُ النفقة، ويُحَاصَّ له بكل شهر بدرهم مبلغ تعميّره.

ويُحَاصَّ للفرس، وللعبدة بقيمة وسطه، ويحاصَّ له بالدرهم كل شهر بالثلث كاملاً يُجَمَّعُ الثلث. وإن قلت: بالمال. كان حسناً. فإن خرج نصف وصاياهم انتفق على الموصى له بدرهم كل شهر نصف درهم كل شهر.

وأما الصدقة بدرهم كل شهر؛ فَيُتَصَدَّقُ بدرهم كاملاً كل شهر لأن تعجيل الصدقة أفضل. وإن لم يَصِرْ للعبد والفرس ما يُشْتَرَى به ذلك، أُعِينَ به فيها. وذكر ابن القرطبي أن أشهب يرى أن يُخَاصَّ بما أوصى به مما لا أمد له من وقيد مسجد أو سقي ماء بالمال كله.

فيمن أوصى بأن يُعْطَى فلانٌ دنانير⁽¹⁾ أو وصية أو إقراره أو يؤخذ منه ذئبٌ ادعاه قبله

من العتبية⁽²⁾، والمجموعة وروى أشهب وابن نافع عن مالك فيمن أوصى: أن أعطوا فلاناً مائة درهم، وخذوا منه خمسة دنانير لي عليه. فأنكر فلان الدَّينَ؛ قال: فإن كان في المائة درهم فضل⁽³⁾ عن الخمسة دنانير أُعْطِيَ الفضل. وإن كانت الخمسة أكثر أُخِلِفَ في الفضل على المائة. فإن نكل غَرَمَ - يريد: الفضلة - قال: ويخلف في هذا، وإن لم تكن بينهما خلطة لا يُنْظَرُ في هذا إلى خلطة.

وقال سحنون: ومن أوصى لرجل بألف درهم، وقال: وخذوا منه عشرين ديناراً ديناً لي عليه. فأنكرها؛ فليُخَاسَبْ بها في الألف درهم، ويُعْطَى ما بقي. / 94/16 ر

ومن المجموعة وكتاب ابن المواز قال أشهب: وإن أوصى لرجل بمائة دينار، وبأن تُؤْخَذَ منه مائة درهم. قال: فليُخَبَسَ من المائة دينار قدر مائة درهم، ويُعْطَى ما بقي. وإن قال: يؤخذ منه فرسٌ. فليؤخذ قيمة فرس وسط، ويُعْطَى المائة. وإن أوصى أن يُعْطَى مائتي أردب قمح ويؤخذ منه مائة أردب شعير فليُخَبَسَ عنه من القمح قدر مائة أردب شعير، ويُعْطَى ما بقي.

(1) في الأصل، دنانير بالتثنية.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 27.

(3) في الأصل، فضلاً والصواب ما أثبتناه.

قال في كتاب ابن المواز: وكذلك إن قال : تُحْذُوا مِنْهُ فَرَسًا. لِأَخَذَ مِنْهُ
وَسَطًا مِنَ الْخَيْلِ.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى عيسى عن ابن القاسم فيمن قال عند موته: لفلان عندي
عشرةً دنانير، ولي عنده خمسةً دنانير. قال : يأخذ فلان من ماله عشرة دنانير،
ويُقيمُ ورثته البينة في الخمسة إذا أنكرها. ولو قال : أعطوه عشرةً وصيةً، ولي عليه
خمسة. لم يُعْطَ إلا خمسة.

فيمن أوصى لرجل بدنانير فحال جواز الناس في الوزن
أو قال يُخْرِجُ عني درهمان كل يوم
من صرف كذا فزاد الصرف

من المجموعة قال ابن كنانة فيمن أوصى لرجل بدنانير فحال وزن الناس،
فصار يجوز بينهم أنقص من ذلك أو أوزن فإنما كان يُعْطَى ما يجوز بين الناس يوم
موت الموصي إن كان الموصي يعلم جواز الناس يومئذ. وإن لم يكن يعلم فإنما
للموصى له الوزن الذي كان يعلم به الموصي.

وكذلك في المكيال يتغير، وقد أوصى له بكيل.

ومن العتبية⁽²⁾ روى أصبغ عن ابن القاسم فيمن أوصى بصدقة فأمر أن
يُخْرِجَ منها كل شهر درهمان من صرف اثني عشر بدينار، ثم صار الصرف
عشرين بدينار؛ فليُخْرِجْ / عنه سدس دينار كل شهر ما بلغ.

94/16 ظ

قال أصبغ : وذلك إن نقص عن اثني عشر، فالسدس يُخْرِجُ عنه لقوله :
درهمين من صرف اثني عشر. ولو لم يَقُلْ : من صرف كذا. أخرجت عنه
الدرهمين كل شهر؛ زاد الصرف أو نقص.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 235.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 284.

في الوصية لأمّ الولد
وهل يُقضى لها بما لها من حلّي وثياب؟
وكيف إن أوصى لها بالنفقة ما لم تُنكح؟

من المجموعة روى ابن وهب، وعليّ عن مالك فيمن أوصى لأمّ ولده بثلثه أن ذلك جائز.

قال عنه ابن وهب وابن نافع : وما كان لها من حلّي وثياب مما يُعرف أنه لم يُعطها ذلك في حياته تأليجاً⁽¹⁾ فهو لها.

قال عنه عليّ : ما أعطّاها في صحته، فنافذ لها. ثم بلغني عنه أنه قال : يُنظرُ إلى ناحيته، ويساره فإن كان ذلك يسيراً في قدر ماله يُعطى مثله لمثلها فهو نافذ، وما كان على غير ذلك، ويرى أنه تأليجٌ إليها لم يَجُزْ، ورجع ميراثاً.

قال عنه ابن وهب : وإن أوصى لها بخمسين ديناراً يُنفقُ عليها منها ما عاشت ما أقامت مع ولدها، ولم تُنكح، فمات الولد؛ قال : لها النفقة منها ما عاشت. وقال ابن القاسم بهذا مرة، وقال أيضاً : لا نفقة لها إن مات الولد.

وكذلك في باب آخر عن مالك: فلا نفقة لها.

قال ابن القاسم : وإن أوصى لها بوصية على أن لا تتزوج⁽¹⁾ فذلك نافذ. ثم إن تزوجت نُزِعَ منها.

قال ابن القاسم عن مالك : وإذا أوصى إلى زوجته على أن لا تتزوج، فتزوجت؛ فلتُفسَخْ وصيتها.

قال أشهب : وليس هذا مكروهاً⁽²⁾، ولا من بيع الغرر.

(1) التأليج : سبق شرحه وأصله التوليح من وَلَجَ ماله توليحاً إذا جمعه في حياته لبعض ولده فشامع الناس بذلك فأنقذوا عن سؤاله.

(2) في الأصل، يتزوج بالياء التحتية.

(3) في الأصل، وليس هذا مكروه والصواب ما أثبتناه.

ومسألة مالك إذا أوصى لأُم ولده على أن لا تُنكح / فصالحها الورثة، ثم 95/16
تزوجت مكتوبة في الجزء الثاني.

فيمن أوصى بما في بطن أُمته لرجل أو للعتق فأعتقها الورثة أو باعوها

من المجموعة قال ابن القاسم وأشهب: ومن أوصى بما في بطن أُمته لرجل،
فمات الموصى، والثُلث يحمل الأم، فأعتقها الورثة؛ فعتقهم جائز فيها، وفي الجنين،
وتبطل الوصية.

قال أشهب: وولاؤها للورثة. ولو أعتق أحدُهم نصيبه منها؛ قوَّم عليه باقيها،
وولاؤها ولاء جنينها له. ولا شيء على معتقها للموصى له بالجنين؛ إذ لا قيمة له.
ولو أوصى به لرجل، أو أوصى بعتقه؛ والثُلث لا يحمل الأم حاملاً؛ فالورثة
بالخيار؛ إن شاؤوا أوقفوها حتى تضع فتُنفذ الوصية في الجنين، وفي القطع للموصى
له به بجميع ثلث الميت إلا أن يشاء أن يُقطَعَ له ذلك في الخادم⁽¹⁾ نفسها فذلك
له.

وأرى أن الذي يقطع هذا التخيير عن الورثة أن تُعتَق الأمة؛ فُعتقَ جنينها،
وتبطل الوصية.

فإن لم يفعلوا حتى قطعوا له بالثلث في جميع التركة، أو في الأمة، ثم أرادوا
عَتَقَها، لم يسقط عنه بعتقهم شيءٌ مما صار له في الثلث، ولا يسقط عنهم فيما
يجوز لهم من عتقها إلا ما كان يصير له من الجنين.

فإن كان إنما قُطِعَ له بالثلث من كل شيء، فليَقوَّم عليها ثلثها، ويتبعها ولدها
بلا قيمة فيه. ولو كان إنما أخذ الثلث فيها، ولم يستكملها، فكذلك في عتقهم.

(1) الخادم واحد الخدم غلاماً كان أو جارية.

ولو كانت الوصية بعثق الجنين؛ خُيِّرُوا بين إيقاف الأمِّ، أو عتق ما حمل
الثلث منها بما في بطنها إذا وضعت. ولأئذ ذلك للموصي. / وقال في الجزء الثالث:
إن لم يخرج من الثلث، فليس على الورثة حبسُها، ولهم بيعُها، وتبطل الوصية. ولو
حبسوها حتى تضع، ولم تكن أبطلت الوصية عنهم عتق جنينها؛ إن كان يخرج
من الثلث. فإن أعتق الأمُّ بعض الورثة، ولم يُردِ الوصية؛ فهي كلها حرة عليه
بالقيمة، وجنينها حر معها عنه لا عن الميت.

وإن دبرها قبل أن تلد، وصارت له؛ فتديرها جائز، وتبطل وصية الميت.
قال أشهب: قال مالك: ومن أعتق ما في بطن أمته، ثم مرض، فهلك؛ فإن
الأمّة ثُبَاغٌ بما في بطنها؛ إن قام غرماؤه، أو احتاج ورثته. وإن تأخر بيعها، حتى
تضع كان الولد حرّاً.

ولو أعتق الجنين أو وهبه، ثم باعها قبل أن تضع؛ فولدها يتبعها. ولو ولدت
قبل بيعها؛ عُتِقَ الولد، وصار للموهوب له.

قال عبد الملك: إذا أوصى بجنينها لرجل، فولدت قبل أن تُبَاعَ أو تُقَسَّم؛ فهو
للمُعْطَى إن حمّله الثلث. وكذلك إن أعتقه.

ولا يُمنَعُوا من بيع الأمِّ من أجله في دين ولا اقتسام أو حقّ ذي حقّ.
ولم أعلم أحداً من أصحابنا قاله.

وقال ربيعة، ومالك: إذا تصدق بجنينها، ثم أعتقها قبل الوضع؛ فهي حرة
وجنينها. ولا شيء للمتصدّق عليه.

**في الوصية والهبة والإقرار للقاتل
وقبل الضرب أو بعده
وفي الموصى له أو وارث الموصى له
أو سيده يقتل الموصي
وكيف إن كان الموصى له صبيّاً أو مجنوناً⁽¹⁾؟**

من كتاب ابن المواز قال مالك وأصحابه وهو في العتبية⁽²⁾، عن ابن القاسم، وأشهب في الموصى له يقتل الموصي: إنه مثل الوارث إن قتله / عمداً؛ فلا وصية له. وإن قتله خطأ فله وصيته في ماله دون دينه؛ لأن الدية عنه ودِيَتْ، وهو يودي فيها. وأما في العمد؛ فيُتَّهَمُ على تعجيل الوصية، كما يُتَّهَمُ الوارث.

وإذا أوصى لقاتله بعد أن جرحه وهو يعلم أنه هو الجاني عليه، أو لا يعلم، وكانت له حياة، ثم مات؛ فالوصية له نافذة عنه، ولكن إن كان عمداً؛ فإنها من ثلث ماله دون دينه؛ لأنها لم تجب إلا بعد موته، كمال لم يعلم به. وأما في الخطأ فله ذلك في ثلث المال، والدية. ولو جرحه عمداً بعد الوصية، وعلم الميث أنه الجارح، وأقر له الوصية، فهي نافذة في ماله دون دينه. وإن لم يعلم أنه الجارح، بطلت في العمد؛ في المال والدية. وتكون له في الخطأ في المال دون الدية.

ومن كتاب ابن المواز، وذكره ابن عبدوس عن أشهب: ولو أوصى لرجلين، فقتله أحدهما، فتبطل مُصَابَةُ القاتل، ومصابة الآخر جائزة، كمن أوصى لوارث وغير وارث.

قال في المجموعة: هذا في العمد. وأما في الخطأ فجائزة لهما - يريد: إلا من الدية فلا شيء للقاتل فيها - . قال: ولو أن عشيرة جرحوا رجلاً عمداً، وأحدهم عبده، ثم أوصى بعتقه، وأوصى لغيره من العشيرة بوصية، ثم مات؛ فالوصية جائزة، ويُبدَأُ بالعتق، ولا تهمة فيه؛ لأن الجرح قبل الوصية.

(1) في الأصل، إن كان الموصى به صبيّاً أو مجنوناً.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 266.

قال ابن المواز: سواء علم أو لم يعلم. ولو كان الجرح بعد الوصية لم يجوز في العمد؛ في عتق، ولا غيره. ويجوز في الخطأ.

قال في المجموعة: ويبدأ العتق. وإذا أوصى لرجل، ثم جرحه الموصى له، ثم قتله آخر غيره؛ فالوصية للجرح جائزة؛ إذا لم يُقتل. ولو كان إنما جرحه الثاني أيضاً، ثم مات من / الجرحين؛ لم تُجزِ الوصية للأول؛ لأنه قاتل مع غيره، كوارث قتل هو وأجنبي مورثه، فلا ميراث للوارث.

قال أشهب في الكتابين: ومن أوصى لمعتوه، فقتله المعتوه بعد الوصية، فالوصية له نافذة؛ إذ لا تهمة عليه. وكذلك الصبي كما لو قتل الصبي أو المعتوه موروثه⁽¹⁾. والمعتوه أعذرهما. وقد يؤخذ الصبي بفعله.

قال: ولو أوصى لمكاتب رجل، فقتله سيد المكاتب؛ فإن كان المكاتب ضعيفاً عن الأداء؛ وأداء الكتابة أفضل لسيده؛ بطلت الوصية للتهمة. وإن كان قويا على الأداء، وعجزه أفضل لسيده؛ لكثرة ثمنه، وقلة ما بقي عليه، فالوصية للمكاتب جائزة في الثلث. ولو كان القتل خطأ، جازت من ماله على كل حال وأستحسن هاهنا أن يكون من ثلث عقله.

وقال في كتاب ابن المواز: ولو أوصى لعبد رجل، أو مديره، أو معتق له إلى أجل، أو معتق، أو معتق بعضه، فعمد سيده، فقتل الموصي؛ فذلك كله سواء، وتبطل الوصية، إلا أن تكون الوصية بشيء تافه لا يهتم السيد في القتل على مثله فتنفذ. وإن كان له أن ينزعه منه يوماً أو يبيعه، فذلك. فإذا كان تافهاً، فذلك نافذ في العمد والخطأ. وإن كان شيئاً له بال بطلت الوصية في العمد وتجوز في الخطأ في ثلث المال. وأستحسن أن يكون هاهنا في ثلث العقل.

ومن أوصى لرجل بوصية، فقتله ابن الموصى له، أو قتله أبوه أو أمه أو زوجته أو عبد أحد هؤلاء، أو أم ولد الموصى له؛ فالوصية جائزة؛ كان القتل عمداً أو خطأً.

(1) في الأصل، كما لو قتل الصبي أو المعتوه وارثه ولعل الصواب ما أثبتناه.

ولو وهب لرجل في مرضه هبة، فقتله / الموهوب؛ فالهبة له جائز، كان 97/16
القتل عمداً أو خطأً.

ولو وهب لرجل في مرضه هبة؛ قبضها أو لم يقبضها؛ إذا كانت بتلاً؛
عاش، أو مات ولم تكن وصية؛ لأن قتله أضر به؛ إذ لو عاش كانت من رأس
ماله. وهي الآن من ثلثه.

ولو أمر له بدين في مرضه، فقتله؛ فالدين له ثابت. قال ابن المواز: وكذلك
لو كثر الدين؛ لأنه ليس بقتله ثبت الدين. ولأن أم الولد لو قتلت سيدها عمداً،
لعتقت إن عُفي عنها.

ولو أمر لوارثه بدين، أو وهب له هبة بتلاً، فقتله الوارث؛ فلا شيء له من
ذلك؛ بخلاف الأجنبي.

في المدبر أو أم الولد يقتلان⁽¹⁾ السيد
وفي المعتق يعفو عن قاتله وهو وارث، أو غير وارث
وفي الموصى له يشهد أن فلانا قتل الموصي
وفي السيد يقتل الأمة وقد زوجها

ومن كتاب ابن المواز - وأراه لأشهب - : وإذا قتل المدبر سيده خطأً،
فتديروه بحاله. وإن كان عمداً، بطل تديروه. فإذا عتق في الخطأ لم يتبع من الدية
بشيء؛ لأنه إنما لزمه ذلك، وهو عبد.

وقال ابن القاسم : يتبع بدية سيده في الخطأ.

وأم الولد إذا قتلت سيدها عمداً؛ فلتعتق، لأنه عتق لازم من رأس المال،
وتقتل به؛ إلا أن يُعفى عنها. ولا تتبع بعقل في عمد، ولا خطأ. وقال ابن القاسم
في أم الولد بخلاف المدبر عنده...

(1) في الأصل، يقتل بخذف النون والصواب ما أثبتناه.

وقال عبد الملك : تتبع مثل المدبر.

وإذا قامت بينة على وارث ؛ أنه قتل موروثه عمداً، فأبراه بن المقتول؛ فإنه يتهم في إبرائه؛ لأنه ولده يرى أنه يوجب له ميراثاً زال عنه بالقتل، وهو عفو جائز؛ ولا يقتل به. ولكن لا يرثه بذلك، / ولا يكون مصابه وصية له من ثلثه ؛ لأنه يتهم. ولكن لو لم يرثه وقال : نصيبه من الميراث هو له وصية. فذلك جائز له؛ لأنها وصية لغير وارث.

ومن كتاب ابن المواز، والمجموعة، قال أشهب : وإذا قامت بينة على وارث بالقتل عمداً، فكذبهم بعض الورثة، وصدقهم البعض؛ فإن ما صار للمكذبين من ميراثهم - يريد من الورثة - فهو للقاتل. وكذلك الموصى له بوصية، كما لو أقر الميت بدين لوارثه، وصدقه بعض ورثته.

ومن كتاب ابن المواز - وأراه لأشهب - : وقال فيمن أوصى لرجلين بوصية، ثم مات؛ فيشهد الموصى لهما على رجل أنه قتل الموصي؛ فإن كان عمداً، فهي جائز؛ كان أجنبياً، أو وارثاً⁽¹⁾، فإن عُفي عن ذلك على الدية فالشهادة جائزة؛ لأنه لا وصية لهما في الدية. وإن كان القتل خطأً، فكان ما أوصى به لهما يخرج من الثلث، غير الدية، أو يَعِزُّ منه اليسير لا تهمه في مثله، فشهادتهما جائزة. وإن كان يعجز عن الثلث من وصيتهما ما له بال، لم تُعْزْ شهادتهما. قال : ومن رَوَّج أُمته، ثم قتلها السيد قبل البناء؛ فالمهر كله للسيد، لأنه لا يجب بالقتل.

ومن عفا عن جارحه، ثم مات من الجرح، فأما في العمد فجائز؛ لأنه لم يَغْفَ عن مال، وإنما عفا عن قصاص. وإن كان خطأً، لم يَعْزْ إلا من ثلثه. قيل : فإن كان القاتل عبداً لغيره، أو حُرّاً، وقد عفا عنه في العمد؟ قال : قد اختلف في العبد؛ فابن القاسم يرى العُرَّ والعبد سواءً. وقال أشهب : لا يجوز

(1) في الأصل، كان أجنبي أو وارث والصواب ما أثبتناه.

عَفُوهُ عَنِ الْعَبْدِ وَإِنْ كَانَ عَمْدًا إِلَّا فِي ثَلَاثَةٍ بِمَنْزِلَةِ الْخَطَا؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ الْعَمْدَ مَالًا ؛ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَوْلِيَاءُ الْحَرِّ أَنْ يَقْتُلُوهُ. فَإِنْ لَمْ يَشَاؤُوا الْقَتْلَ، فَيَصِيرُ مَالًا، وَيُجْعَلُ فِي الثَّلَاثِ / الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ أَوْ دِيَةِ الْمَقْتُولِ. فَإِنْ كَانَ الْعَبْدُ يَجَاوِزُ الثَّلَاثَ، سَقَطَ عَنْهُ مَحْمِلُ الثَّلَاثِ، وَقِيلَ لِلْسَيِّدِ : إِفْدِ مَا بَقِيَ مِنْ عَبْدِكَ بِحَصَّةٍ ذَلِكَ مِنَ الدِّيَةِ أَوْ أُسْلِمَهُ.

فِي الْمَرِيضِ يُقَرَّرُ لِرَجُلٍ بِمَالٍ اخْتَانَهُ لَهُ
أَوْ دَارٍ غَضِبَهَا لَهُ أَوْ بِحَرِيَّةٍ عَبْدٍ فِي يَدَيْهِ
أَوْ أَقَرَّ بِمَالٍ لِمَنْ لَا يُعْرِفُ،
أَوْ أَقَرَّ بِقَتْلِ عَمْدٍ أَوْ خَطَا
أَوْ أَقَرَّ لِمَنْ يُتَّهَمُ عَلَيْهِ

من العتبية⁽¹⁾ روى عيسى عن ابن القاسم فيمن أقرَّ في وصيته أن فلاناً كان أعطاه مائة دينارٍ يتصدَّقُ بها فتسلَّفها، وفلانٌ ليس له وارثٌ يُسألُ ؛ فإن كان يرث المقرُّ ولدٌ أُخْرِجَتْ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ. وَإِنْ كَانَ يورثُ كِلَالَةً فَأِقْرَارُهُ باطلٌ. ولو كان فلانٌ حَيًّا⁽²⁾، فسُئِلَ، فصَدَّقَهُ؛ فذلك جائزٌ. وإن لم يُصَدَّقْهُ، بطل إقراره. ولو مات فلانٌ وله ورثةٌ فليُسْأَلُوا⁽³⁾ كانوا كِلَالَةً أَوْ وَلَدًا⁽⁴⁾. فإن صدَّقوه، جاز. وإن كذَّبوه، بطل ذلك. قال مالكٌ : في النافه الذي لا يُتَّهَمُ عَلَيْهِ – قال ابن القاسم : مثل الخمسة دنانير، والعشرة –.

وإذا أقرَّ في مرضه، في عبد أنه إنما كان غصبه نفسه، وهو حر من أصله ؛ فإن كان يورث كِلَالَةً بطل قوله، وإن ورثه ولدٌ عتق من رأس ماله.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 92.

(2) في الأصل، ولو كان فلان حي.

(3) في الأصل، كتبت هذه الكلمة محرفة فصححناها على ما أثبتناه.

(4) في الأصل، أو ولد بالرفع والصواب ما أثبتناه.

وكذلك روى عنه أبو زيد. زاد عيسى : وكذلك ما قال مالك فيه : لو قال في أمته : ولدت مني. ولا يُعَرَفَ ذلك، ولا ذكره هو قبل ذلك.

قال عنه أبو زيد : وإن قال : بيعوا ثوبي هذا، وتصدقوا بشفته ؛ فإنني كنت غصبته. وفي ثوب آخر بصدقة ثمنه فإنه ليس لي. ولفلان علي كذا، ولفلان كذا، ولفلان كذا؛ ولأنهم يسكنون ببلد كذا؛ لقوم لا يُعَرَفُونَ، ولو طَلَبُوا لأعجزوهم. فإن لم يكن على ما ذكر / بينة غير قوله؛ بُدِيَ بالثياب التي ذكر فَيُتَصَدَّقُ بشفته، ثم يتحاصُّ أصحاب الذين يُعَرَفُونَ، والذين لا يُعَرَفُونَ. ولو كان على كل ما ذكر بينة؛ تحاصُّ الجميع أهل الثياب وغيرهم.

وذكرها في موضع آخر فقال : إن كان ورثته ولداً⁽¹⁾ قَبِلَ قوله في ذلك كله؛ أوصى بصدقة ذلك عن أهله؛ ولا يعرفون، أو بإيقافه لهم؛ فذلك جائز. وإن كان يورث كلالته، فأوصى أن يوقَفَ ذلك لهم، حتى يأتيني له طالب؛ فذلك جائز من رأس المال. وإن أوصى بأن يُتَصَدَّقَ به عنهم؛ لم يُقْبَلْ قوله، ولم يُخْرَجْ من رأس المال، ولا من الثلث؛ وهذا ناحية قول مالك. وذكُرْ هذه المسألة من أولها في رواية عيسى عن ابن القاسم في كتاب : التفليس. وقال : يُبْدَأُ هذا على الذين - يريد : الأشياء المعينة التي جهل أربابها - . قال : إلا أن تقوم بينة بالدفع؛ فبُيِّنَ. ثم قال : هذا كله واحد. ثم ذكر مثل ما تقدَّم من قوله، وذكرها في موضع آخر إلى آخر المسألة.

وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن قال عند موته : هذه الدار لفلان وكنني على حفظها وغلَّتْها؛ فجحدته إياها فسَلَّمُوا إليه داره. وغلَّتْها من سنة كذا. وأشهد بذلك ناساً؛ فإن كان يرثه ولده؛ أُسْلِمَتْ إلى رها - يريد : وغلَّتْها - وإن كان يورث كلالته، وكان المُقَرَّرُ له ممن يُتَّهَمُ عليه بصدقة، أو قرابة لا يرث بها لم يُقْبَلْ قوله. وإن كان ممن لا يُتَّهَمُ عليه من الأبعد قَبِلَ إقراره له؛ كان عليه دين، أو لم يكن. ولو كان إقراره في قرية قد أكثر عمارتها أنها لفلان كان استخلفني

(1) في الأصل، إن كان ورثته ولد والصواب ما أثبتناه.

عليها، وكذبته ولده؛ فأقراره جائز، ويأخذ القرية من أقر له بها، ولا يُتَّهم أن يُقرَّ عن ولده.

99/16

ولو قال : كنت قتلْتُ فلاناً عمداً، أو خطأ فأعطوا ورثته الدية، وأعتقوا عني ربة. فأما في العمد فإنما فيه القصاص، فما أمر به من المال فيه فإن أراد به وجه الكفارة أنفَذَ في ثلثه. وأما الخطأ؛ فهو إقرار مما تحمله العاقلة؛ فهو في الثلث، وكذلك العتق من الثلث. ولو كان عليه بينة تُحِقُّ ذلك كان من الثلث أيضاً. وقاله مالك.

قلتُ : ولم لا يكون في الخطأ على العاقلة، كما لو كان حياً؟ قال : لأنه أوصى بها، فكأنه حملها عن العاقلة.

ومن سماع ابن القاسم : ومن أوصى لرجل بدين، فطلبه الرجل، فلم يوجد، ولم يُعرَف قال : يتصدَّق به عنه، ويُقال : اللهم هذا عن فلان.

وقال من كان يُخالِط رجلاً، فصار لأحدهما على الآخر فضل، فغاب الذي له الفضل، فلم يُعرَف أين ذهب، وجُهِل اسمه قال : يتصدَّق بذلك عنه، ثم إن جاء غريمه له.

قال ابن القاسم : ويُنظَر في إقراره بالدين للوارث، والصديق الملائف؛ فيُعزَل، وتكون وصاياه في ثلث ما بقي، ويُردُّ ما عُزِل للوارث، فيرجع ميراثاً، ويدخل في ثلثه المُدبِّر. وأما الصديق فإن كان ورثته ولداً، وأبوين، أو عصبية قريبة كالإخوة، وليس بينه، وبينهم سبب فأقراره نافذ. وإن كان يرثه أباعد العصبية، أو مَوَالٍ⁽¹⁾ فإن ذلك يرجع ميراثاً، ويدخل في ثلثه المُدبِّر دون الوصايا.

ومن هذا المعنى باب في آخر الجزء الأول من الوصايا.

(1) في الأصل، أو موالٍ بإثبات الياء والصواب ما أثبتناه.

في إقرار المريض لزوجته بدّين أو مهر
أو بأرض في يده في مرضه أو عند سفره
أو أقرّ له في مرضها بدّين أو / ببراءة من صداقتها
وفيه شيء من الإقرار للوارث والولد والصدّيق

من كتاب ابن المواز قال مالك في مريض أقر لزوجته بمهر - قال في موضع آخر : بدّين - : فإذا لم يكن له ولد منها، ولا من غيرها لم يَجْزُ إقراره.

قال ابن القاسم : وكذلك إن كان عليه دَيْنٌ، ولا ولد له، فأقر لبعض ورثته بدّين، أو لصدّيق ملاطِف، فَيُتَّهَمُ.

فأما إن كان له ولدٌ، وترك وفاءً فلا يُتَّهَمُ أن يُقرَّ لصدّيقه، إلا أن تُعلَمَ منه الإساءة لولده.

قال ابن وهب عن مالك : إذا أقرّ لزوجته بدّين. فإن كان يرثه كلاله، أو بنتٌ، لم يَجْزُ إلا أن يذكره في صحته. وإن أقامت شاهداً حلفت وقضي لها. وإن أقر مع ذلك بدّين للناس، وكان ورثته بناته، لم يَجْزُ إقراره لزوجته.

قال مالك في مريض أقر لزوجته بعروض كثيرة عنده فإن اتَّهَمَ لم يَجْزُ إقراره، وإن لم يُتَّهَمَ جاز.

وإن أقرّت هي في مرضها أنها قبضت منه مهرها فإن كان مات قبلها فذلك جائز. وإن كان حياً لم يَجْزُ إلا أن يكون لها ولدٌ من غيره، وكان بينها وبين زوجها أمر شيء فلا تُتَّهَمُ هذه.

قال في سماع ابن القاسم في العتبية⁽¹⁾ : أمّا التي ولدها كبار، ولعل بينها وبين زوجها غير الحُسْنِ، فَيُصَدَّقُ، ولا يُتَّهَمُ. وأمّا التي لا ولد لها ومثلها يُتَّهَمُ فلا يجوز.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 410.

كما يُتَّهَمُ في الإقرار الولد، والأخ، والأب، والرجل المنقطع إليه.

قال سحنون : وَيُتَّهَمُ في إقراره للملاطِف إن كان ورثه عصبية. وإن أقر
لزوجته ببقية من مهرها فإن كان له ولد منها، أو من غيرها، فذلك جائز.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى أشهب / عن مالك، فيمن أقر في مرضه لزوجته بثلاثين
ديناراً، ثم صحَّ، فقال : كان ذلك تاليجاً إليها. قال : ذلك يلزمه. وقاله سحنون.

قال سحنون : ولو قالت في مرضها : قبضت من زوجي. ثم مرض هو،
فقال : ما قبضت مني شيئاً. ثم مات الزوج، أو لم يمِتْ، وزعم أن قولها كان
محاباةً لها، وطلبت هي حقها. قال : يلزمها - إذا صحَّت - إقرارها. فإن مات
الزوج فلورثته أن يلزموها إقرارها. ولو تمادى مرضها حتى مات الزوج فالإقرار
أيضاً يلزمها.

وروى سحنون عن ابن القاسم في مريضٍ أقر بدينٍ لمن يُتَّهَمُ عليه من وارث
أو غيره، ثم صحَّ صحة بينة، ثم مرض، فمات إن ذلك الدَّين مأخوذ من رأس
المال.

قال ابن حبيب : قال أصبغ في مريضٍ أقر لزوجته بدين، وقد عُرفَ له بها
صباغةً ومَيْلٌ، وتغلبه على أمره؛ فلا يجوز إقراره كان له منها ولدٌ، أو لم يكن أو ان
له ولد من غيرها، أو لم يكن كان صَبّاً بولده منها، أو من غيرها إذا كانت هي كما
وصفنا. قال ابن القاسم عن مالك : إذا كان له منها ولد صغير، وله ولدٌ من
غيرها، وقد عُرفَ بانقطاعه إليها، وجفوت له لولده من غيرها فإقراره لها جائز.

ومن كتاب ابن المواز قال مالك : وإذا أقر مريضٌ لزوجته بمهرها، ولا ولدَ له
منها، وله ولد من غيرها فإنه يُتَّهَمُ، ولا يجوز. قال ابن المواز : قوله : وله ولد من
غيرها. ليس بشيء، والمعروف من قوله ما تقدّم؛ أنه لا يُتَّهَمُ في الولد وإن ان من
غيرها إلا أن يُعرفَ منه إليها الإقصاء والبغضة، وله إلى زوجته مودةً وانقطاعاً.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 306.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى عبد الملك بن الحسن عن ابن القاسم فيمن كتب وصيته / عند سفره إلى حج أو غيبة، وأقر فيها لزوجته، أو وارث له بدّين، وتتل حينئذ صدقة على ابن له صغير قال : ذلك جائز نافذ لأنه صحيح، ولا تهمة في السفر.

ومن العتبية⁽²⁾ من سماع أشهب : وإذا أقر المريض في أرض بيده أنها لزوجته، وإنما يرثه ولد منها قال : ذلك أخرى ألا يَتَّهَمَ، ولكن لا أرى لها سبباً إلا أن تأتي بينة على قوله ذلك في صحته، أو على علم بملكها قبل، وقد أوصى لأقارب له، ولم يُشْهَد على وصيته إلا أقاربهم فإن هذا ضعيف.

في إقرار المريض لوارثه بدّين أو لبعض بنيه أو لقريب له غير وارث وفيه شيء من الإقرار للزوجة

من كتاب ابن المواز وقال في إقرار المريض لوارثه بالدّين، فأما للولد أو للإخوة يرثونه⁽³⁾؛ فلا يُقْبَلُ إلا أن يكون لذلك وجه أو سبب يدل وإن لم يكن قاطعاً. وأما للزوجة والذين من العصبية والصدّيق الملائف، فإن كان في ورثته ولد جاز ولم يَتَّهَمَ. وإن كان باقي ورثته مثل من أقر له أو أبعد فلا يجوز ذلك.

قال أشهب : إذا ورثه بنات فأقراره لوارث من عصبته جائز، وكذلك لصدّيقه الملائف، ولا اتَّهَمَهُ مع البنات أو الأبوين إلا أن يُعرَفَ منه الإقصاء لولده والبغضة فلا يجوز إقراره للصدّيق الملائف، وشبهه. وإن لم يُعرَفَ بيه وبين ولده، أو أبويه شنان فأقراره للصدّيق جائز.

قال ابن المواز : والأبوان⁽⁴⁾ عندنا كالولد في رفع التهمة بهما.

(1) البيان والتحصيل، 13 : 252.

(2) البيان والتحصيل، 13 : 51.

(3) في الأصل، يرثوه بحذف نون الرفع.

(4) في الأصل، والأبوين.

وقد قال ابن القاسم : إذا أقر في مرضه لصديق ملاطف فإن كان يرثه ولده، أو ولدٌ ولِد، فذلك جائز إلا أن يكون عليه / دينٌ محيط، أو يكون ورثته عصبته فلا يجوز. وقال مالك في إقراره عند موته بدين لقریب له يُتَّهَم عليه، ولا يرثه، فلا يجوز. وإن لم يُتَّهَم، فذلك جائز.

101/16 و

قال ابن القاسم فيمن له إلى بعض ولده ميل، وانقطاع، وإلى بعضهم البغضة: فأقراره بالدين لبعضهم باطل، وكذلك الإخوة.

وإنما قال مالك هذا في إقراره للزوجة، وله ولد من غيرها، ولا يُعْرِفَ له منها مودة، وقد أقصى ولده. ولعلَّه له منها ولدٌ صغيرٌ فلا يجوز.

قال محمد : وعلى هذا أصحابنا.

وقد كان من قول ابن القاسم : إذا كان بنوه كلهم عنده في حال سوء لم يَجْزُ إقراره بدين لبعضهم في مرضه. وإن كان بعضهم باراً⁽¹⁾ به، وبعضهم عاقاً له جاز إقراره بالدين للعاق، ولا يجوز للبار.

قال أصبغ : هذا حسن، وبصير العاق كأجنبيٍّ، وكالزوجة إن كان بها صَبّاً، وكان يورث كلالَةً أَثْهَمَ، وإن لم يكن بها صَبّاً، وله ولدٌ منها، أو من غيرها لم يُتَّهَم.

وكذلك في العتبية من أول المسألة عن ابن القاسم، وأصبغ.

قلتُ لمحمد بن المواز: فقولكم إن كانوا ولداً كلهم، أو إخوة لم يَجْزُ إقراره في المرض لبعضهم، إلا أن يكون لذلك وجه، أو سبب. فما ذلك؟ قال : أن يكون معادياً لمن أقر له، ووادياً لمن لم يُقَرَّ له. أو يكون بعضهم يتقاضاه في صحته، أو يكون وكيلاً له في شيء فيقر له بشيء من ذلك السبب ففي مثل هذا رأى مالك أن يحلف الوارث، ويُقَضَى له بذلك.

(1) في الأصل، وإن كان بعضهم بار به.

قال ابن القاسم عن مالك : إذا أقر لأخت له بمائتين، وعشرين ديناراً وله إخوة، ولها / بينة أنها كانت تتقاضاه منه في صحته، ولا بينة لها بأصل الحق؛ قال : تحلف وتأخذ.

قال : وإن أقر في مرضه أنه قبض صداق ابنته، فليؤخذ من ماله. فإن لم يدع مالاً لم [يكن] للزوج البناء حتى يدفع الصداق ثم يرجع هو به على الأب.

وروى أشهب عن مالك : وإن أوصى أن لزوجه عليه من صداقها خمسين ديناراً، وخادماً. قال : لا شيء لها إلا أن يكون لها تفرغ من بينة، أو كتاب. قال : ولو وجد في كتبه براءة من ثلاثة دنانير من الخمسين ديناراً فليس بشيء، ولا يغرم ما بقي. قال : والوصية جائزة لمن يثبتم عليه من قريب القرابة، أو صديق مُلاطف بخلاف الإقرار - يريد : في المرض -.

ومن أقر لابنته بشيء في صحته، فلم تأخذ حتى مات ؛ فهو لها إلا أن يُقر لها استبشاراً.

قال ابن حبيب : قال أصبغ في المريض يُقر بدين لقریب القرابة وهو يُورث كلاله فأقراره جائز ما لم يكن له منه اللطف والخصوصية، كالصديق الملاطف - يريد : فلا يجوز - ولا يُنظر إلى صلاح المقر، ولا إلى طلاحه.

ومن كتاب ابن المواز قال أشهب عن مالك فيمن طلبه ابن عمه⁽¹⁾ مسكناً؛ فقال : هو لامرأتي. وطلبه له ابن عمه الآخر فقال كذلك فقامت عليه بشهادتهما فقال : إنما قلته تنحياً منها. فذلك له، ولا يلزمه، وليس هذا على العطية.

قال ابن حبيب : قال ابن الماجشون فيمن كان له بعير يكرهه، وكانت زوجته إذا غايظته تقول : هَلَمْ بعيري. فتحبسه عنه، ولا يُقر لها به، ثم تردّه عليه، إذا رضيت فعلت ذلك مراراً، ثم / مرض الزوج فأقر أنه لها، فنازعها الورثة. قال : 102/16 و

(1) في الأصل، بزعمه وهو خطأ واضح.

لا يُتَنَفَّعُ بإقراره لها في مرضه. وذلك المنع الذي كانت تمنعه منه إذا أخذته منه لا ينفعها.

ومن العتبية⁽¹⁾ روى عيسى عن ابن القاسم قال : وإذا أقر لوارث بدّين، وأوصى بوصايا فالوصايا في ثلث ما يبقى بعد الدّين. وذلك ميراث⁽²⁾ أو أجازة بقية الورثة للوارث. وإذا كان له مُدَبَّرٌ، وتل عبداً في مرضه، وأقر في شيء من تركته أنه لابنه، فليُعْزَلْ ما أقر له به، وتكون وصاياه في ثلث ما بقي يعاد ذلك، فيورث إلا أن يُجِيزَه باقي الورثة وهم...⁽³⁾ الأمور أو يجيزوه قبل موته، وهم نائبون عنه ليسوا بزوجات، ولا مَنْ تحت يديه وولايته.

وإذا أوصى لوارثٍ فليُبدَأَ العتق، ثم يُحاصِصُ الوارثُ بالوصايا، فما صار له، رجع ميراثاً إن لم يُجِزْهُ الورثة - يريد : ويدخل المدبّر في ثلث هذا كلّ الذي يبطل فيه الإقرار -. قال عنه أصبغ : وإذا أقر عند موته أن هذا لابنه مما ورثه عن أمه. ولا بينة فيه فإن كان يُعرَفُ لها مالٌ وعرضٌ، وكان أمراً بيناً⁽⁴⁾، قَبِلَ قوله. وإلا لم يُعْزَلْ.

وكذلك ماله في كتاب ابن المواز. وقال : وكان أمراً⁽⁵⁾ غير مستنكرٍ.

قال أصبغ في العتبية⁽⁶⁾ : ومن ترك أمّه، وعمّه فقامت الأم بدّين أقر لها به في صحته، فطلب العم يمينها أنه ليس بتوليح فلا يمين عليها.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في التي أوصت في المرض أن ابنها وجد ديناراً، فأعطاه إياها، فأدخلته في خلخالين لها، فقالت : أكفوه لي في ثمنها. فكفّيت في

(1) البيان والتحصيل، 13 : 147.

(2) في الأصل، وذلك ميراثاً بالنصب والصواب ما أثبتناه.

(3) كلمة غير واضحة تركنا مكانها بياضاً.

(4) في الأصل، وكان أمر بين.

(5) في الأصل، وكان أمر غير مستنكر.

(6) البيان والتحصيل، 13 : 306.

غيرهما / قال : يُقَسَّمُ الخُلُخَالَانُ⁽¹⁾ على الفرائض. ولو قالت : رُدُّوا إلى ابني الدينار. لم يُقَبَّلَ منها إلا بينة.

وعن مسلمة تركت أختاً وأختاً مسلمين، وأوصت لأُمِّها النصرانية بالثلث، وأقرت لأختها بعشرين ديناراً لم تدع غيرها قال : هي ميراث بين الأخ والأخت، ولا شيء للأُمِّ إلا أن يبقى بعد العشرين شيءٌ فلها ثلثه - يريد : مما علمت به - .
وفي كتاب الإقرار باب من هذا فيه كثير مما ها هنا.

في إقرار المريض لوارثه، ولأجنبيٍّ بدين أو أقرَّ صحيحٌ بذلك لأجنبيٍّ ولم يُتَّهَمَ فيه

من كتاب ابن المواز: وإذا أقر المريض بدينٍ لوارثه أو لصديق ملاطف، وأقر بدين لأجنبيٍّ، فقد اختلف فيه فقال ابن القاسم : إن أقر لهما معاً، إقراراً⁽²⁾ متصلاً، أو أقر للوارث، أو للصديق. قيل : فليتحصاً في ضيق ماله، فما صار للوارث شركه فيه الورثة بالميراث. وإن لم يرثه غيره، فذلك له. وإن أقر أولاً لأجنبيٍّ، ولم يذكرِ الوارثَ، ولا الصديق، حتى ثبَّتَ إقراره، وأشهد عليه، ثم أقر لوارث لم يجز إقراره، وكان الأجنبي أولى.

وقال أشهب : إقراره للأجنبي مع الوارث لا يُقَبَّلُ، ولا شيء للأجنبي، ولا للوارث إن شركه وارثٌ لأنه إذا صار للوارث شيءٌ، فشركه فيه باقي الورثة؛ رجع ذلك الوارث على الأجنبي فيقول : بالإقرار أخذتُ أنا، وأنت، وبيدك أكثر مما بيدي. فيدخل معه. ثم ما أخذ منه، دخل فيه الوارث، فلا يزال كذلك حتى لا يبقى بيد الأجنبي شيءٌ.

(1) في الأصل، يقسم الخُلُخَالَيْنِ بالبَاء والصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل، أقرَّ لهما معاً أو إقراراً بزيادة أو وذلك سهو من الناسخ.

وكذلك اختلفا فيمن أعتق وعليه دَيْنٌ غيرٌ محيط، ثم استحدث دَيْنًا، / 103/16
فأحاط الدَّينان بماله، فليُرَدَّ العتقُ كُلُّه عند أشهب لأنه لا يباعُ منه للدَّين الأول
شيءٌ إلا دخل فيه صاحب الدَّين الثاني.

وقال ابن القاسم : لا يُرَدُّ منه إلا بالدَّين الأول، ثم يدخل الغريم الثاني في
ذلك، ثم لا يباعُ من العبد غيرُ ذلك.
وبقوله في المسألتين أقول.

وهذه في العتق، واتفقا في الوصية لوارث وأجنبي أنه يُحاصُّه في ضيق الثلث
فما صار له، دخل فيه الورثة. وإن لم يرثه غيره لم يُحاصَّ بشيء.
وإذا أقر بدَّين لأجنبيٍّ ولوارث، فأصاب الأجنبيُّ بينة على دينه فهو أحقُّ، ولا
شيءٌ للوارث إن لم تكن له بينة.

وإذا لم تكن لهما بينة تحاصًّا كان ذو القرابة وارثاً أو غير وارث فما صار لذي
القرابة فإن كان غير وارث أخذه. وإن كان وارثاً شركه فيه باقي الورثة إلا مَنْ
لا يَتَّهَمُ في إقراره له على ما ذكرنا قبل هذا.

وإذا أقر في مرضه لأجنبيٍّ بدَّين، ولوارثه بدَّين، وأقام أجنبيُّ آخر بينة ؛ فلا
شيءٌ للوارث حتى يأخذ الأجنبيان. والأجنبيان إن كان أحدهما بينة فلا يُدَّأ على
الآخر. وإذا كانا أجنبيًّا ووارثاً (1) تحاصًّا. وإن كان للوارث بينة تحاصًّا. وإن كان
للأجنبيٍّ وحده بينة بُدِّي على الوارث. وإن كانا أجنبيَّين (2) لأحدهما بينة، والآخر
أقر له مع الوارث فالأجنبيَّان مُبَدَّيان به إن طلب الوارث أن يدخل فيتحصا والذي
لا بينة له منعه الذي له البينة لأنه إن كان حقُّ صاحب البينة يحيط بالتركة. قال
له: لا حقُّ لك بإقرار فيه تهمة، ولي بينة. وإن كان لا يحيط بها، إلا أن مع حق
الأجنبي / يحيط بهما فقال صاحب البينة: إنها إن دخلت على الأجنبي الذي

103/16 ظ

(1) في الأصل، وإذا كانا أجنبي ووارث.

(2) في الأصل، وإذا كانا أجنبيان.

لا بينة له نقصه حقّه، فرجع عليّ، فليس لها أن تدخل عليه لهذا. ولو فعلت أنت ذلك، فرجع عليّ فيشاء، وإني لو رجعت أنا عليك ما شئت منك ما انتقص عليّ ؛ إذ لا تأخذ أنت شيئاً⁽¹⁾، وأنا الذي لي البينة، لم أستو في الأولى بفضل شيء عن الآخر فيها، فيكون للوارث.

وقد قال فيها غيري ممن رأى أن الأجنبيّين إذا قَسَمًا مال الميت بالسواء، فدخل الوارث على الذي لا بينة معه فقاسمه : إنه يقوم صاحب البينة على الوارث، فقاسمه الذي لا بينة له فيما صار له حاصّة فيه الوارث بجميع ما أقر به الميت. والأجنبيّ المقرّ له بنصف ما أقر له به الميت، فما صار منه أيضاً للوارث، أخذه منه الذي له البينة، هكذا حتى لا يبقى بيد الوارث شيء. قال أصبغ، عن ابن القاسم في مريض أقر أن لفلان عنده ثلاثين ديناراً، وثلاثين ديناراً من بقية حساب بينة، قال : يُقضى له بستين.

وقال أصبغ : ومن العتبية⁽²⁾، وكتاب ابن المواز فيمن أقر في مرضه لعتمته، ولأجنبيّ بدين فإن كان عند الأجنبي بينة على أصل دَينّه فهو أحق. ولو أقر لغير ذي رحم ممن لا يُتَّهَم عليه لدخل مع الأجنبي.

قال في كتاب ابن المواز: ولو كان لقرايته الذين لا يرثونه بينة دخل معهم الأجنبيّ. وإن لم تكن له بينة حاصصهم ويحتفظ الوارث. وإن كان للوارث بينة، دخل معه الأجنبي، والقريب الذي لا يرثه. ولو أقر للأجنبيّين فقط ولبعضهم بينة لتحاصّوا كلّهم. ولا يُتَّهَم فيه. وإنما / يفترق هذا في التفليس، لا في الموت. وإذا أقر صحيح قبل أن يُفلس أو يمرض لأجنبيّ، ولمن يُتَّهَم عليه من قرابة، وغيرهم تحاصّوا. وكذلك لو كان لأجنبيّ بينة، ولا بينة لذي القرابة، وكذلك لو أقر بهذا كله مريض، ثم صحّ لتحاصّوا.. لا خلاف في هذا.

(1) في الأصل، إذ لا تأخذ أنت شيء بالرفع والصواب ما أثبتناه.

(2) البيان والتحصيل، 12 : 459-460.

ومن أحاط به الدَّيْنُ، فأقر في مرضه لأجنبيٍّ؛ فليتحصَّوا. وإنما يفترق هذا في التفليس.

قال مالك : وإذا قال هذا لفلان، وهذا الشيء لفلان. فإن كان مليًّا صدق، وإلا تحاصَّوا. وإن كان المقرُّ له مليًّا فليخلف.

قال ابن القاسم : هذا وهمٌ. وقد قال قبل ذلك : إقراره عند الموت جائز بلا يمين. وبه أقول.

قال مالك : وإذا أقر عبد مأذون عند الموت أن لفلان عنده ثلاثين ديناراً بضاعة فإن لم يثبتهم جاز، وإن أثبتهم في قرابة، أو صداقة، فلا يجوز. وكذلك الحرُّ يُقرُّ لمن يثبتهم عليه من ابن أو امرأة منقطعة مطلقاً له منها ولدٌ. وقاله مالك : في إقرار العبد يلزم السيد فيما بيد العبد.

قال عنه ابن وهب : ومن أقر عند الموت، لمن بينه وبينه مخالطة فليس للوصي أن يخلف المقرَّ له، وله ذلك بلا يمين. قال ابن المواز: وكذلك لو لم يكن بينه وبينه مخالطة لأخذ ذلك بلا يمين.

قال عنه أشهب : إذا أوصى أن له عند فلان كذا. ولا خلطة بينهما؛ فيخلف فلان. فإن نكل ؛ غرَّم. محمد : خلاف من يدعي على من لا خلطة له معه.

قال مالك في المذيان يقول عند الموت : هذا مال فلان القراض؛ إن ذلك نافذ؛ فإن لم يُعرف ذلك بعينه؛ فله الحصاص.

وقال في مصريٍّ مرض بمصر فقال : هذا السيف في السبيل فأنفذوه. فلينفذ كما قال.

104/16 ظ

أشهب : وإذا قال لفلان قبلي وديعة مائة دينار في خريطة صفتها كذا. فوجدت تلك الصفة؛ ليس معها ما يشبهها؛ فليأخذها. وإن وجدت تلك الصفة وفيها أقل من العدد ؛ فليس له غيرها. وما نقص كشيء ذهب. ولو لم يُسمَّ

خريطة، ولا صفة، وقال : لفلان عندي مائة دينار بضاعة. فَوُجِدَتْ مائة دينار في خريطة لم يكن أحقَّ بها، وكان أسوة. ولو قال : في خريطة كذا، في منطقة. فَوُجِدَتْ كذلك كان أحقَّ بها. ولو وُجِدَتْ خريطة عليها بخط الميت : هذه لفلان. وقام شاهدان بخطه فهي للمسمى. وإن لم يُقَرَّ الميت بشيء. وقاله أشهب، وقاله ابن القاسم.

وقال : وكذلك لو وُجِدَ في دفتره بخطه : لفلان عندي كذا. وشُهِدَ على خطه لقضيي بذلك. وقاله أصبغ.

وقال : هو كالإقرار. وقال مالك يأخذه بلا يمين كالإقرار.

قال مالك : وإن كان شاهد على خط المطلوب حلف الطالب. وإن كان شاهداً بالخط، وشاهداً بالإقرار تمت الشهادة، وقضي له بلا يمين إذا حلف أنه ما سقط ذلك عنه. وإن شهد شاهدان على معرفة خط الشاهد، حلف معهما الطالب. وأما شاهد واحد على الخط فليس بشيء كشهادة على شهادة.

قال محمد : أما شاهدان⁽¹⁾ على خط الشاهد فليس بمعمول به. بل لو شهدا أنهما سمعا يقول ذلك لم يُقْبَلْ نقلهما حتى يُشْهَدَهما. وإلا فهي شهادة السماع لا تجوز إلا فيما تجوز فيه.

ومن التقط لقطعة فعرف بها، ثم أنفقها، ثم أقر بها عند الموت فلصاحبها الخاصة / بها.

105/16 و

وفي كتاب الإقرار من هذا باب فيه كثير مما ها هنا.

(1) في الأصل، أما شاهدين.

في إقرار الولد على أبيه بدين بعد موته أو بوصية
أو شهد عليه الوارث بعتي أو دين أو وصية
أو يميز وصيته بأكثر من ثلثه

من كتاب ابن المواز: ومن أوصى بماله كله لغير وارث، وليس له إلا وارث واحد ولد أو غيره مديان فأجاز وصيته، وأبى ذلك غرماؤه فذلك لغرمائه. ولا يجوز منه إلا الثالث. ولو علموا بإجازته فلم يُنكروا؛ فلا ردّ لهم بعد ذلك. قاله ابن القاسم، وأشهب، ومحمد.

وإن كان منهم من يجهل أن له ردّ ذلك، فله الردّ إذا حلف، مع معرفة الناس به أن مثله يجهل ذلك.

قال أشهب: ولو أقر الوارث المديان أن أباه أوصى لرجل بثلثه، أو بعتي ولا بينة فيه فلم يَجْزُ إقراره، ولا شهادته، ولا إقراره بعتي في صحة إذا لم يُصدّقه غرماؤه.

وأما إقراره على أبيه بالدين، فيلزمه بخلاف إقراره عليه بصدقة، أو عتي كما لو فعل ذلك هو في ماله.

وقال ابن القاسم: ذلك كله جائز إقراره على أبيه بدين أو بوصية، وعتي. وإن أحاط به الدين إذا أقر قبل قيام غرمائه عليه كإقراره على نفسه، أو على أبيه بدين.

محمد: وهذا أصوب لأن أشهب يقول: لو أجاز وصية أبيه بأكثر من ثلثه، فلا يقبضه الموصى له حتى يموت الابن. إن ذلك جائز من ثلث الأب، ولم يجعله كصدقته من مال نفسه.

قال: وإذا أقر أن شيئا وديعة عن أبيه فذلك لازم؛ كإقراره بدين. / 105/16 ط

قال أشهب: وإقرار بدين على أبيه جائز؛ إذا لم يَقُمْ على الابن غرماؤه، أو يُقَرَّ لمن يتهم عليه من هو حاضر يقبض ما أقر له به. فإن كان هذا لم يَجْزُ إقراره،

ويصير غرماء نفسه أولى، ثم يتبعه غرماء أبيه بما أخذ غرماء نفسه مما كان يصير لهم بإقراره.

قال أشهب : ولو أقر - ولا دَينَ عليه - أن أباه أوصى بأكثر من ثلثه، وأنه أجاز ذلك، وأشهد بذلك، ثم مات الإبن بعد أن يداين، ولم يكن قبض الموصى له وصيته فليبدأ بوصية أبيه؛ إذا عُرِفَ مَالُ أَبِيهِ لَأَنَّهُ حَقٌّ قَدِيمٌ لِلْمَوْصَى لَهُ فِي وَقْتٍ يَجُوزُ فِيهِ قَوْلُ الْإِبْنِ. فَإِنْ لَمْ يَوْجَدْ لِلْأَبِ شَيْءٌ مِنْ مَالِهِ، وَعَلَى الْإِبْنِ دَيْنٌ؛ فَإِنْ الْمَوْصَى لَهُمْ يُخَاصُّونَ غَرَمَاءَ الْإِبْنِ؛ فِي مَالِ الْإِبْنِ. وَإِنْ وُجِدَ مِنْ مَالِ الْأَبِ شَيْءٌ أَخَذَهُ الْمَوْصَى لَهُ خَاصَّةً فِيمَا عَجَزَ عَلَيْهِ، حَاصِرًا بِهِ غَرَمَاءَ الْإِبْنِ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ صَارَتْ عَلَى الْإِبْنِ حِينَ اسْتَهْلَكَ التَّرَكَةَ، قَبْلَ إِنْفَازِهَا.

قال محمد : أما فيما بلغ ثلث الأب، فهو كذلك. وأما فيما جاوزه فإن كان مال الأب بيد الإبن حتى مات بطل ما زاد على الثلث مما أجاز. وإن كان ذلك بيد غير، نُقِذَ ذَلِكَ لِلْمَوْصَى لَهُ. وشهادة الوارثين على أنفسهما جائزة؛ فإن لم يكونا عبدلين، لزمهم من الوصية بقدر ما صار إليهما من الميراث.

ومن ترك ولدَيْن، وألفي درهم فأقر أحدهما لرجل أن له على الأب ألف درهم؛ فإن كان عدلاً حلف، وأخذها من جميع التركة. وإن نكل، أو لم يكن عدلاً، فليأخذ من المقر خمسمائة. ويُحْلَفُ الْمُنْكَرُ، فَإِنْ نَكَلَ غَرِمَ خَمْسَمِائَةَ. وقاله مالك، وابن القاسم.

وقال أشهب : له أن يأخذ الألف كلها / من نصيب المقر قال : لأنه لا ميراث لوارث⁽¹⁾ يزعم أن على الميت ديناً⁽²⁾. قال : وهو بخلاف إقراره بالوصية لأن الموصى له شريك في المال. وأما الدَّينُ فلا ميراث إلا بعد نصابه.

قال محمد : وقول مالك وابن القاسم أولى، وقد قال : لو شهد بالألف الدَّينُ عدلان، بعد أن اقتسما، فأعدم أحدهما : فليأخذ الألف كلها من الآخر،

(1) في الأصل، لأنه لا ميراث (إلا بعد) لوارث بإقحام إلا بعد سهواً من الناسخ والصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل، يزعم على الميت دين والصواب ما أثبتناه.

ويرجع على أخيه، فيتبعه بنصفها. وخالف بين البينة والإقرار لأن البينة أثبتت الألف على الميت، ولا يوجب له فيؤخذ من ماله حيث وُجد، ويصير للأخ العمدة على أخيه. وأما بإقرار الميت، فلم يثبت الدّين على الميت، ولا يوجب له بالغرم عمدة على أخيه، فصار لإقرار الوارث على نفسه أن عنده زيادة على حقه، ولم يجب عليه أن يغرم عن أخيه ما لا يرجع به عليه. قال : ولو أقر هذا الرجل بألف على أبيهما، وكل واحد يُنكر قول أخيه فإن كانا عدلين قضي لكل طالب بشهادة شاهده، مع يمينه. فإن حلف واحد أخذ الألف من الأخوين، ثم يرجع الناكل على من أقر له بخمسائة، وأحلف الأخ الآخر أنه ما يعلم ما شهد به أخوه، ويرأ. فإن نكل غرم له خمسمائة. وإن لم يكونا عدلين؛ كان ما قلنا من اختلاف ابن القاسم، وأشهد. وكذلك في نكل من نكل مع العدل.

فإن نكل، غرم له خمسمائة. وإن لم يكونا عدلين؛ كان ما قلنا من اختلاف ابن القاسم، وأشهد. وكذلك في نكل من نكل مع العدل.

قال : ولو أقر كل واحد بوصية لرجل بالثلث أقر كل واحد لغير الذي أقر له الآخر فلم يختلفا في هذا إن كانا عدلين. وإن كان أحدهما أعدل / فليحلف كل طالب، ويأخذ ذلك من الولدين. وإن نكل واحد فالثلث لمن حلف، ولا شيء للذي أبى اليمين، على الذي شهد له لأنه لم يبق بيده من الثلث شيء بخلاف الدّين لأن الدّين من رأس المال، والوصية من الثلث، ولم يبق من الثلث شيء بيده. وإن نكلا، أو كان الولدان غير عدلين ودّى كل واحد إلى الذي أقر له ثلث ما في يديه. ولو رجعا بعد الحكم، وأقرا بأن الذي شهد به صاحبه حق بعد أن أخذ كل واحد ما أقر له به صاحبه فإن كل واحد منهما ضامن للذي أنكر وصيته ثلث ما في يديه؛ لأنه أقر أنه استهلك ذلك عليه.

قال : وإذا اقتسم الوارثان، ثم غاب أحدهما، أو أعدم، ثم قامت بينة بوصيته الثلث لرجل، أو أقر له الحاضر فإنما يأخذ ثلث ما بيده، ويتبع الآخر بمثله. ولو ترك مائة حاضرة، ومائة على أحد الولدين - يريد محمد : وهو عديم أو غائب - وأثبت رجل الوصية له بالثلث؛ فإن المائة الحاضرة بين الموصى له والولد الآخر

نصفين لأن لكل واحد منهما ثلثها، وثلثها للذي عليه الدَّينُ فيؤخذ منه، فيكون بين هذين لأن أحدهما في مال الميت سواء.

ولو أقر الولدُ الحاضر للموصى له، فكان عدلاً، وحلف معه كان كما ذكرنا. وإن نكل، أو لم يكن الولد عدلاً لم يكن له مع المقر في المائة إلا ثلثها. ولو قامت بينة أنه أوصى له بأقل من الثلث بمائة لا بالثلث، والمال كما ذكرنا فالجواب واحد لأنه يرجع إلى الثلث.

ولو أوصى له بأقل من الثلث مثل أن يوصي بمائة، وترك مائة حاضرة، وأربعمائة على إحدى الروایتين فليُخَيَّرِ الورثة بين أن يُعْطَوْه المائة / الحاضرة، أو يقطعوا له بثلث الحاضر، وثلث الدين، فيكون حينئذ كموصى له بالثلث، فُتَقَسَّمِ المائة الحاضرة بينهما نصفين لأن حظهما في المال سواء لأن سهام الفريضة سهمان، فَرُدَّ عليهما نصفها لصاحب الثلث، فصارت ثلاثة، فأسقط سهم المديان، فيبقى لهذين سهمان لكل واحد منهم.

ولو ترك ثلاثة بنين وثلاثمائة فيها مائة على أحد الورثة، ومائتان⁽¹⁾ حاضرتان، وقد أوصى بالثلث، فالفريضة من ثلاثة، زد عليها مثل نصفها للثلث تكون أربعة ونصفاً أضْعَفُهَا تكون تسعة الثلث ثلاثة ولكل ولد سهمان، فأسقط سهم الولد الذي عليه الدَّينُ تبقى سبعة، فللموصى ثلاثة أسباع المائتين الحاضرة، وللولدين لكل واحد سُبْعَا المائتين.

ولو ترك ولداً واحداً، فأقر أن هذه وديعة لفلانٍ عند أبي، ثم قال : ولفلان معه. فإن كان قولاً متصلاً فهي بينهما، وإن لم يكن مُتَّصِلاً فإن كان عدلاً، حلف الآخر، وكانت بينهما، فإن لم يحلف، أو كان غير عدل، فهي للأول مع يمينه. ولم يضمن المُقَرُّ للآخر شيئاً لأنه لم يدفع إلى الأول شيئاً بعد، ولكن لو دفعها، ثم أقر بعد ذلك أنها لفلان معه، فإنه يضمن للآخر ما أقر أنه له فيها، كان عدلاً، أو غير عدل.

(1) في الأصل، ومائتين بالياء لا بالألف وذلك خطأ واضح.

ولو شهد شاهدان من الورثة أن أباهما أوصى لفلان بالثلث، ودفعوا ذلك إليه، وشهدا أنه إنما كان أوصى به لآخر، وأنهما أخطأ، فلا يُصدَّقان⁽¹⁾ على الأول وإن كانا عدلين للضمان الذي دخل عليهما، ويضمنان⁽²⁾ للآخر الثلث. ولو لم يكونا دفعا، أجزرتُ شهادتهما للآخر، وأبطلتُها للأول.

وإذا أمر الوارث بدين على الميت يغترق التركة / ثم أقر لآخر بمثله. فإن لم يكن عدلاً بُدئ بالأول إذ لا يقدر على الرجوع عنه. فكذلك لا يدخل عليه ما ينقصه. وإن كان عدلاً، وجاء بعذر بين قبل قوله، وحلف الآخر مع شهادته فإن لم يحلف، كان كما قلنا إن لم يكن عدلاً.

قال محمد : ويحلف الأول على علمه إذا نكل الآخر. ولو أقر الوارث أولاً بوصية خرج من الثلث، أو بعثق، ثم أقر بدين؛ فإن كان عدلاً جازت شهادته ما لم يكن بعد حكم بإقراره الأول، أو كان دفعه هو فلا يُردُّ. ويلزمه الدين، فيما ورث وإن أحاط ذلك بجميع ميراثه. ولا تباعة عليه لأنه لم تُنفذ الوصية. ويحلف المقر له بالدين، ويثبت دينه، وتسقط الوصية. وإن لم يكن عدلاً، أو نكل المطلوب لم يُردَّ عتق، ولا وصية. ثم يأخذ الطالب دينه مما ورث فإن بقي له شيء من دينه لم يُتَّبَع به الوارث ما لم يكن هو الذي أنفذ الوصية، فَيُتَّبَع بما أنفذ من عتق، أو وصية.

وإذا قال : أوصى أبي لفلان بالثلث، ولفلان بدين كلاماً متصلاً فالدين أولى، وتبطل الوصية إن اغترق الدين المال.

وكذلك لو أقر بتدبير في الصحة لأنه قول متصل. وإن بدأ بالوصية، ثم قطع، ثم أقر بالدين فإن كان عدلاً حلف طالب الدين، وكان له، وتبطل الوصية إلا أن يفضل عن الدين شيء فيكون للآخر ثلثه. فإن لم يحلف، أو كان الولد غير عدل فللموصى له جميع الثلث، وما بقي للدين فإن لم يف ما بقي بالدين لم

(1) في الأصل، ولا يصدق بحذف النون.

(2) في الأصل، ويضمننا بحذف النون.

يضمن الوارث شيئاً. ولو لم يُقَرَّ بالدَّينِ حتى دفع الثلث إلى الموصى له ضمن ذلك لطالب الدين إن لم يَفِ الباقي بالوصية بعد الدين، / بعد الوصية بالدَّين. ولا تَبَاعَة لواحد منهما على الموصى له.

ولو أقر فقال : أوصى أبي لفلان بالثلث، وأعتق هذا العبد - وهو الثلث - . فإن كان بكلام متصل فالتعق أولى وإن لم يكن عدلاً، وإن كان في كلام غير متصل بُدِئَ فيه بالوصية فهو مُبَدَأٌ، ثم يُعْتَقُ العبدُ كُلُّهُ على الوارث.

محمد : سواءً كان عدلاً، أو غير عدلٍ إن كان العبد يحمله الثلث.

وليس إقراره بالتعق، يرد ما ذكر من الوصية بخلاف الدين الذي يحلف معه طالبه، ويستحق. ولو كانا وارثين⁽¹⁾ فأقرا هكذا كان مثل الدين تبطل به الوصية.

وإن ترك وارثاً واحداً، وترك ثلاثة أعبد قيمتهم سواء لم يدع غيرهم فقال : أعتق أبي هذا العبد. وشهد عدلان أنه أعتق عبداً غيره. فإن كذبهما الوارث وقال : لم يعتق إلا هذا. أعتقت العبدين جميعاً. وإن لم يكذبهما أعتقت الذي أثبته الشاهدان كله لأنه الثلث، وأعتقت نصف الذي شهد له الوارث لأنه حين لم يكذبهما فكأن أباه أوصى بعتهما فالثلث يبيها. وإذا أكذبهما فقد أقر أن الحرية لهذا، وحده ؛ فلا يملك من أقر له بحرته.

ومن قول أشهب إذا لم يكذب الوارث الشاهدين ولم يشهد على رجوع الميت عتق من شهدا له أنه يعتق من كل واحد منهما ما حمل الثلث، أو يستتم عتق الذي شهد له الشاهدان، أو يضرب فيهما جميعاً بالسهم.

قال أشهب : والسهم أحب إلي، فيعتق نصف قيمتهما فيمن جاءه السهم. فإن وقع للذي شهد له الأجنيبان أعتقه كله وإن كان أكثر من نصف القيمتين لأنه يثبت معه عتق / غيره، ولم أعتق من الذي أقر له الوارث شيئاً، إلا أن يبقى من نصف القيمتين شيء، فيجعل فيه لأنه لا وارث مع المقر. وإن وقع السهم

(1) في الأصل، ولو كانا وارثان والصواب ما أثبتناه.

الذي شهد له الوارث أعتقت منه عليه ما لو جازت فيه شهادته، وأعتقت الآخر كله بكل حال، والشاهد في هذا من الورثة كشهادة الوارثين إذا اتَّهما ولم تجز شهادتهما. وإن شهدا على التكذيب، ولم يكونا عدلين أعتقت الذي شهد له العدلان وثلثي العبد الذي شهد له الوارث - يريد : أو الوارثان - .

وقال ابن القاسم : بل يعتقان⁽¹⁾ جميعا.

قال : وإن شهد أجنبيان أنه أوصى لهذا بالثلث. وشهد وارئان أنه أعتق عبده في مرضه وهو قدر الثلث؛ فالشهادتان جائزتان⁽²⁾، ويبدأ بالعتق في عدالة الوارثين ما لم يتهما على حر الولاء في عبد لا يرغب في ولائه، فتبطل شهادتهما، ويصير الثلث كله للموصى له به من هذا العبد وغيره.

قال محمد : ويعتق أيضا العبد في قول ابن القاسم إذا كان يخرج من الثلث لو لم تنفذ الوصية؛ إن لم يكن مع المقر من ورثه سواهما؛ لأنهما مقران بأنه حر مبدأ. وإن كان معهما ورثة لم يعتق عليهما بقضاء وإن ثبتا على إقرارهما إلا أن يملكاه، أو يملكه أحدهما. وإلا أمرا أن يجعل ما يصير لهما من ثمنه في عتق بغير قضية. وكذلك في خدمته يؤمران بترك خدمته في يومهما. وهذا قول مالك وأصحابه في الوارث يقر بالحرية، ومعه ورثة سواه.

أشهب : لأنه لا يقوم عليه لأنه على الميت يعتق فلا يجوز عتق عبد بلا تقويم.

قال أشهب : إلا قوله : / ويعتق جميع من شهد له الوارثان إن لم يكونا عدلين، أو كان وارث واحد فإن أشهب إنما يرى أن يعتق ثلثا العبد فقط. وإن شهد وارئان أن الميت أوصى لفلان بثلثه، وأنه رجع، فأوصى به لفلان وهما يتهمان في الثاني فإن لم يكن وارث غيرهما جازت شهادتهما للثاني إن كان قولهما متصلا. وإن كان معهما ورثة، لم تجز شهادتهما، إلا فيهما يصير لهما من ذلك إن أقاما

(1) في الأصل، بل يعتقا بحذف نون الرفع.

(2) في الأصل، جائزة بالأفراد.

على شهادتهما. وإذا شهد الوارث لرجل بوصية ألف درهم بعينها، وهي الثلث، ثم أقر لآخر بعد ذلك بالثلث - محمد : يريد : ابن يتهم عليه - فإنه يقضى للأول بالألف، ولا شيء للثاني. والوصية بعينها، والثلث في ذلك سواء. وإن شهد وارثان أنه أوصى بالثلث لوارث، وأجاز الورثة، وشهد أجنبيان أنه أوصى بالثلث لأجنبي فليتحاصا إذ لا يجر الوارثان بها إلى أنفسهما شيئاً. فما كان يصيبهما من ذلك فهو للوارث. وما كان يصيب غيرهما من الورثة أخذه. وكذلك لو كان في شهادة الوارثين أنه رجع عن وصيته للأجنبي إلى الوارث، وأنهما وجميع الورثة أجازوا ذلك، فذلك جائز على ما شهدا به لأنهما لم يشهدا لأنفسهما بشيء ع⁽¹⁾ هذه المسألة من أولها، ففيها إشكال في «الأم».

وإقرار بعض الورثة بعق عبد من التركة مستوعب في باب مفرد فيه اختلاف شهادة البنين للعبد بالعق. وهذا الباب في كتاب الإقرار باب مثله فيه من معاني هذا الباب ، ومن الأقضية لابن سحنون.

109/16 ظ

قال أشهب : وإذا شهد وارثان أن الميت / أعتق عبده هذا وهو يخرج من الثلث فذلك جائز، وهو حر. ولو شهد أجنبيان أنه أعتق عبداً آخر جازت شهادتهما. والذي أعتق أولاً أحق إذ ليس له أن يدخل عليه ما ينقصه إلا أن يكون عتقهما وصية، فيسهم بينهما، ويعتق نصف قيمتهما - يريد : في تساوي قيمتهما - أو قال : أحدهما حر. وأما لو أعتقهما وقيمتها مختلفة في مرضه، أو في وصيته لعتق منهما محمل الثلث بالسهم.

قال سحنون فيما ذكر أشهب : ليس هذا موضع سهم، وإنما السهم فيمن قال : رقيقى أحرار في مرضه أو في وصيته. فأما إن قال : فلان حر، وفلان حر. حتى سمى عبيداً فإنما يعتق محمل الثلث بالحصص.

قال أشهب : وتجوز شهادة الوارثين في عتقه إن لم يتهما في ولاية، ومعهما ورثة غيرهما لا يرثون الولاة.

(1) سبق لنا القول بأن المؤلف من حين لآخر يأتي بهذا الرمز في كتابه ولعله يريد به العتي.

قال : ولو لم يكن معهما من لا يرث الولاء فشهادتهما جائزة على ما تقدم.
وإن إيمهما في الشهادة فوجه آخر أن يكون العبد الذي لم يشهد له مرتفعا
مرغوبا⁽¹⁾ فيه فيتهمان أن يشهدا بما شهدا لينقصاه من عتقه إذا لم يخرججا من
الثالث، أو أسهم بينهما، فأصاب السهم من شهدا له رق الآخر، أو عتق منه
جزء يسير، وشرك في الثالث.

قال : وينظر إذا اتهموا بهذا، فردت شهادتهما إلى ما كان يصير للذي شهد
له من العتق، فيعتق عليهما.

قال أبو محمد : - يريد ولا وارث غيرها -.

قال : وهذا إن لم يحملهما الثالث، ولو حملهما الثالث وأقاما على قولهما بينة
لعتق منهما الذي شهدا له، وعتق الآخر بشهادة الشاهدين.

وإن شهد أجنبيان أنه أوصى بالثالث لرجل، وشهد وارثان أنه أعتق / عبدا
بعينه وهو الثالث. فإن اتهموا في العبد للرغبة في ولائه، أو لأن بعض ما أوصى به
لصاحب الثالث من عيان فيه لم تجز شهادتهما، وأخذ الرجل الثالث. ثم إن قام
الوارثان على شهادتهما عتق عليهما ذلك العبد إن لم يكن معهما وارث غيرها.
فإن كان معهما وارث لم يعتق، وليبع⁽²⁾ فما وقع لهما من ثمنه رأيت أن يجعله في
عتق. ولو اشترياه وأقام أحدهما على شهادتهما لعتق عليهما، أو على من ملكه
منهما.

ولو شهد الوارثان أنه أوصى بالثالث لزيد، وشهد أجنبيان أنه أوصى به لعمر،
فذلك نافذ، والثالث بينهما، ولا تهمة عليهما في هذا.

ولو شهد أجنبيان أنه أوصى بعتق عبد سالم، وشهد وارثان أنه رجع عن
ذلك، أوصى بعتق صالح قال : إن استوت قيمتهما، جازت شهادتهما، وأعتق
صالح وحده. إلا أن يتهما في ولاء صالح، أو في استرقاق سالم.

(1) في الأصل، مرتفع مرغوب فيه بالرفع والصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل، وليباع والصواب ما أثبتناه.

ولو شهد رجلان أنه أوصى بالثلث لزيد، وشهد الوارثان أنه رجع عن ذلك، وأوصى به لعمرو، أو أنه أشركه معه فيه لجازت شهادتهما إلا أن يتهما في الذي شهدا له فتبطل شهادتهما، ثم لا طلب للذي شهدا له عليهما فيما في أيديهما.

ولو شهد وارثان أنه أوصى بالثلث لزيد، ثم رجع فأوصى به لعمرو؛ وهما يتمان في عمرو؛ فإن لم يكن له وارث غيرهما، جاز ما شهدا به لعمرو. وإن كان معهما وارث بطلت شهادتهما عن غيرهما من الورثة، ولزمهما في أنفسهما ما إن أقاما على شهادتهما فيلزمهما له ما يصير إليهما من ذلك، لا ما صار لغيرهما.

ولو شهد أجنبيان أنه / أوصى لزيد بعبد ميمون، وشهد وارثاه أنه رجع عن ذلك، وأوصى لعمرو، وهو ممن لا يتمان عليه، بمرزوق. فإن تساوت قيمة العبدین، أو كان مرزوق أرفع؛ فالشهادة جائزة. وإن زادت قيمة ميمون زيادة يتمان فيها لم تجز الشهادة، وجازت شهادة الأجنبيين.

ولو شهد أجنبيان أنه أوصى بعق ميمون وقيمته خمسمائة قال : يتمان في فضل قيمة سالم، ولكن يعتق سالم، ويشرع العتق فيهما بالخصص، كما لو لم يقل الوارثان : إنه رجع. فيعتق من كل واحد ثلثاه⁽¹⁾ أو أسهم بينهما. قال الشيخ : يريد : في قول ثان⁽²⁾ فإن وقع السهم لسالم عتق، وكان ما بقي من الثلث في ميمون، ثم يعتق باقيه عليهما إن ثبتا على شهادتهما لإقرارهما أنه العتيق. وإن وقع السهم لميمون عتق، وكان ما بقي من الثلث في سالم.

قال أبو محمد : هكذا نص ما في الكتاب، وهو كلال فيه التباس. والذي يظهر لي أنهما لما اتفهما وجب أن يعتق جميع سالم إذ قيمته الثلث، ويؤخذان بإقرارهما في ميمون لأنه يحمله الثلث وأن الميث رجع عن غيره.

وقد اختلف في المحاصة في هذا الأصل، فعلى أصل من جعل فيه القرعة، كأنه يقرع بينهما فإن وقع السهم لسالم عتق، وقد استوعب ثلثا قيمتهما ويؤخذان

(1) في الأصل، فيعتق من كل واحد ثلثيه والصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل، ثاني بإثبات الباء والصواب ما أثبتناه.

في ميمون بإقرارهما، وإن وقع السهم في ميمون عتق، وكان تمام ثلثي قيمتهما في سالم، وذلك نصفه فيستم عتق سالم لأن الأجنبيين⁽¹⁾ شهدا. وهو الثلث، وقد سقط الوارثان بالتهمة.

وإذا شهد رجلان / أنه أعتق عبديه هذين في مرضه وقيمتها سواء، أو 111/16 مختلفة، ولم يدع غيرهما فليعتق من كل واحد ثلثه. وفيها قول آخر هو أحب إلي وهو قول مالك : أن يسهم بينهما، فمن وقع له السهم عتق منه مبلغ ثلثيهما جميعا إن كان ذلك فيه. وإن كمل عتقه وبقي من الثلث شيء كان في الآخر. وأما لو أوصى بكل عبد لرجل، لكان لكل واحد ثلث ذلك العبد. بخلاف العتق عند الموت الذي خصته السنة بالسهم.

باب آخر من اختلاف الشهادة في عتق الوصايا

من كتاب ابن سحنون قال أشهب : وإذا شهد رجلان أو رجل أنه قال: إن قتل فعبدي فلان حر، ثم شهدا هما أو غيرهما أنه قتل، وشهد غيرهما أنه مات موتا قال : ينظر إلى أعدل البيتين فيقضى بها⁽²⁾. وقال سحنون بل بينة القتل يؤخذ بها.

قال أشهب : وكذلك لو شهدا أنه أعتقه إن مات من مرضه هذا، أو من سفره هذا، وأنه مات في ذلك المرض أو السفر. وشهد آخران أنه أفاق من المرض، أو قدم من السفر فليؤخذ بأعدهما. وأما لو شهدا أنه أعتقه إن قُتل قتلا، وإن مات موتا، وشهد آخران أنه قتل قتلا فلا عتق له لأن شاهديه بالعتق أبطلاه عنه برفع القتل كمن شهد أن فلانا أسلف فلانا ألف درهم ثم قبضها منه.

(1) في الأصل، لأن الأجنبيان وهو خطأ واضح.

(2) في الأصل، فيقضى بهما والصواب ما أثبتناه.

وإن شهد رجلان أنه قال : إن مت من سفري هذا فميمون حر وأنه مات فيه. وشهد آخران أنه قال : إن رجعت من سفري هذا فمت في أهلي فميمون حر، فإنه حر في ثلثه بكل حال. ولو كان / في ذلك موضع للنظر بأي الشاهدين يعتق لقليل بأعدهما.

وإن شهدا أنه قال : إن مت في جمادى الآخرة⁽¹⁾ ففلان حر. وإن مت في رجب ففلان - لآخر - حر. فشهد رجلان أنه مات في جمادى الآخرة، وشاهدان أنه مات في رجب، فليُقَضَّ بأعدل البيتين. وإن شهدا أنه قال : إن مت من مرضي هذا فعبدني حر. قالا : ولا ندري هل مات منه. وقال العبد : منه مات وكذبه الورثة فالقول قول الورثة مع أيمانهم لأن العبد مدع لما يزيل ما ثبت من رقه. ولو أقام بقوله بينة، والورثة بقولهم بينة قضيت بأعدهما ؛ لأنهما قد تكاذبتا.

وإن قال : إن مت من مرضي هذا ففلان حر. وإن برئت منه ففلان - لآخر - حر. فادعى كل عبد ما يوجب عتقه، وقالت الورثة : قد برئ منه. فالقول قولهم⁽²⁾ مع أيمانهم، ولا يعتق إلا من صدقوه. فإن أقام من كذبوه بينة، ولم يقمها الذي صدقوه قضى بالبينة، ثم سألت الورثة فإن ثبتوا على قولهم، وكان العبد الذي⁽³⁾ صدقوه يخرج من ثلث جميع التركة عتق عليهم؛ إلا أن يكون لم يقر بذلك إلا بعضهم فليبيع⁽⁴⁾ عليهم، ويؤمر المقر أن يجعل حصته من ثمنه في عتق. ولو اشتراه أحد من المقرين وأقام على قوله عتق عليه. وإن أقام من صدقوه الورثة⁽⁵⁾ بينة أنه برئ، قضى بأعدل البيتين. فإن كانت بينة من كذبوه أعدل أعتق ذلك بالبينة، والآخر بإقرار الورثة له. وإن كانت بينة من صدقوه أعدل عتق، وزال العتق عن الآخر.

(1) في الأصل، في جمادى الآخر وهذا الإستعمال دارجي والصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل، والقول قولها وذلك سهو من الناسخ.

(3) في الأصل، وكان العبد الذين صدقوه والصواب ما أثبتناه.

(4) في الأصل، فليباع بغير حذف والصواب ما أثبتناه.

(5) كذا على لغة من يجمع بين الإسم الظاهر والواو أي لغة أكلوه البراغيث.

وقول ابن القاسم : إنه يعتقد على من ملكه من الورثة المقرين أقاموا على إقرارهم أو رجعوا /. وكذلك اختلفا في البينة تشهد بعق عبد، فردت شهادتهما، 112/16 و ثم اشتراه أحدهما.

قال سحنون : وإن قامت بينة أنه قال : إن مات من مرضي هذا فعبدى ميمون حر. وأنه مات منه. وشهد آخران، أنه قال : إن أفقت⁽¹⁾ منه فعبدى مرزوق حر. وأنه أفاق منه، ثم مات. فإن كانت البيتان عدلتين⁽²⁾، وفي العدالة سواء، فيقضّى لميمون، ويسقط مرزوق.

وروى أبو زيد عن ابن القاسم في العتبية⁽³⁾ أنه يعتقد نصف ميمون، ونصف مرزوق.

قال المغيرة : من شهد أن فلانا أعتق عبده، ثم دار إلى ملك الشاهد بعد ذلك بابتياعه، فإن كان الإمام رد شهادته لشيء ظهر من الشاهد سئل الآن فإن أقام عليها عتق عليه، وإن رجع لم يعتق. وإن لم يرده الإمام إلا لانفراده فالعبد حرّ والولاء للمشهود عليه.

انتهى كتاب الوصايا الخامس

يليه

كتاب الحبس الأول

(1) في الأصل، فإن فقت والصواب ما أثبتناه.

(2) في الأصل، فإن كانت البتان عدلتان وهو خطأ واضح.

(3) البيان والتحصيل، 13 : 329.

فهرس موضوعات

الجزء الحادي عشر من النوادر والزيادات

كتاب القضاء في الكلا والآبار والأودية والبرك والأنهار

- 5 - في بيع بئر الماشية وغيرها من الآبار
- في البئر المملوكة التي يجوز بيعها أو غيرها، هل يمنع المسافرون لشفاهمم أو
دوائهم
- 8 - فيمن هارت بئر وخاف على زرعه هل يسقي بئر جاره ؟ أو لبئر جاره فضل
فاحتاج إليه
- 10 - في البئر أو العين بين الشريكين يهور البئر أو تغور العين أو يهدم جدار بينهما
12 - في ساقية أجنة قوم فارتدمت، على من كنسها ؟ وفي كنس القناة تجري
بالاتفال
- 16 - في منع الكلا أو بيعه والحيتان التي في الغدر والأنهار
- 19 - في حريم الآبار والعيون وحريم النخلة، وفيمن حفر في داره ما يضر جاره
22 - في سيل الأودية والأنهار إذا تشاح فيها أهلها
- 25 - في البئر أو العين في جنان الرجل أو في داره المهذومة شركة للناس ينتفعون به .
29 - فيمن غرس على ماء رجل أو على فضل مائه فلم يمنع ثم أراد منعه
31 - في العين المشتركة يريد أحدهما صرف مائه منها إلى أرض أخرى
32 - في النهر ينكشف (في) بعض أرضه أو في أرض رجل. لمن يكون ما انكشف
33 - منه ؟

كتاب القضاء في نفي الضرر

- 37 - فيما يُحدثه الرجل في ملكه مما يضر بجاره من بناء أو حفر وكوة
- 43 - في إحداث العساكر والرواشن والأبواب في السكك والروائع والشوارع
- 47 - جامع القول في الأفتية والطرق وذكر ما يحدث فيها أو ينقص منها

- 53 - فيمن له ممر أو طريق في أرض رجل. كيف العمل فيه، وكيف إن أراد تحويله ..
 57 - فيمن له ممر في حائط لرجل، أو له فيه شجر ولا تحظر عليه فأراد ربه تحظره .
 59 - فيمن له شجرة إلى جنب جدار رجل فتضربه أو تخرج فروعها إلى أرض جاره .
 - في إحداث الأبرجة، وفي حمام الأبرجة يؤذي ما حولها من الزرع ودخول
 62 بعضها في بعض
 - في تحظر الحوائط وما على أهلها من حفظها من المواشي بالنهار وما على أهل
 65 المواشي بالليل

كتاب الأرحية

- في أحداث الأرحية والضرر فيها وما يحدث في الأنهار من السداد مما يضر
 69 بالناس
 - في مناصب الأرحية ومياهها هل تقسم ؟ وكيف بما لا ينقسم منها ؟ وهل فيه
 78 شفعة ؟
 - في نهر عليه أرحاء لقوم فأزأها وإل غاصب وبني جنبها مثلها ثم أنصف أهلها .
 80 - وجه المعاملة بالأرحية، وفي الرعاء بين الرجلين تخرب فيدعو أحدهما إلى العمل
 83 فيأبى
 - فيمن بنى رعى فأخرج طرف سده في أرض جاره على شرط له من الطحين ..
 88 - فيمن أذن لرجل أن يجري الماء في أرضه إلى رعى يحدثها الطالب لذلك في
 90 أرضه

كتاب القضاء في البنيان

- فيمن أذن لجاره في غرز خشبة أو فتح باب أو طريق أو غيرها، هل له
 93 الرجوع ؟
 - في الجدار بين دارين لرجلين ينهدم وهو لهما أو لأحدهما، يهل يُجير أحد على
 95 بنائه ؟
 - في البئر أو البيت بين الرجلين ينهدم، وفي العرصة بينهما يدعو أحدهما إلى
 98 البناء.....
 - في الجدار سترة بين الرجلين يدعيه كل واحد منهما
 99 - في الجدار بين الرجلين، هل لأحدهما أن ينتفع به بغير إذن الآخر ؟ وكيف إن
 103 كان لأحدهما ؟

- في السفلي يكون لرجل والعلو لآخر، ما الذي يكون على رب السفلى من مرافق
105 العلو ؟
- في كنس المرحاض بين دارين أو بين علو وأسفل، وقمامة السفلى على من
107 تكون ؟
- فيمن له رف خارج على جاره هل يسقفه ؟ وإذا بنى جاره هل يبني فوقه ؟ ..
108 في الجنب في أرض رجل وبابه في أرض آخر فتداعياه
108 في قناة ظاهرة الأمر بالبناء إلى بئر في رانقه فأراد من أصلها في داره أن يُجرى
فيها
109 فيمن أذن لجاره في بناء حائطه على أن يحمل فيه
110 في الجدار أو الغرفة يخاف سقوط ذلك
110 في دار خربة بين أظهر قوم كثر فيها الزبل أضرب بمن جاورها، على من كنسه ؟
110 في الدار يُخاف سقوط جدار منها وقد أوصى بسكناها لرجل حياته
111 في السفلي لرجل والعلو لآخر فيُرفع الطريق على السفلي ويضيق مدخله
111

الجزء الأول

من كتاب الشفعة

- ذكر ما فيه الشفعة من الأموال وما لا شفعة فيه
113 فيما فيه الشفعة بمقارنته لأصل الأرض من عبيد أو عين أو بئر أو نحوه يباع
مجتمعا
119 فيما يشتري على القلع من الشجر أو على الهدم من البناء، وكيف إن ابتاع
الأرض قبل ذلك ؟
122 في الشفعة في النقص القائم في عارية أو حبس
127 في الشفعة في الزرع وحده أو مع الأرض، وشراء البئر أو الزرع بعد الأرض أو
قبله
128 فيمن ابتاع داراً فهدمها أو انهدمت ثم استحق رجل نصفها وقد باع النقص ..
131 فيمن ابتاع داراً أو أرضاً فيعمر فيها وينفق أو يفرس ويزرع ثم يأتي الشفيع
137 فيمن اشتري نخلاً ثم استحق نصفها أو استشفع وفي النخل تمر يوم الشرى ...
141 ما جاء في الشفعة في الكراء والمساقاة
145 في أحد الشريكين في الدار يبيع شيئاً بعينه منها، أو يبيع أحد دارين لهما
147 في محاصة الشركاء في الشفعة، ومحاصة أهل السهام دون الشركاء
150

- 153 - ما جاء فيمن ابتاع شقصاً له شفعاء فسلم بعضهم أو كان غائباً
 156 - في المشتريين لشقص فيريد الشفيع أن يأخذ من أحدهما دون الآخر

الجزء الثاني من كتاب الشفعة

- 159 - فيمن ابتاع شقصاً ثم باعه أو أقال منه أو وهبه
 161 - في الشقص يباع بعرض أو بدين أو يؤجره أو يكرى به
 165 - ما جاء في الشقص يباع معه ما لا شفعة فيه
 - في الشقص يباع بما لا يسوى أو يضع البائع من ثمنه أو يزداد فيه أو يأخذ في
 166 الثمن غير ما وقع به
 - في الشقص يؤخذ في صلح من دم عمد أو خطأ أو يؤخذ في نكاح أو خلع أو
 168 يكون في ذلك غيره
 172 - ما جاء فيمن صالح من شقص أو على شقص أو صالح به الكفيل عن غريم ..
 174 - في الشفعة في هبة الشقص للثواب أو لغير الثواب [أو بعتاء أو به جباء]
 176 - ما جاء في الشفعة في البيع الفاسد
 179 - في الشفعة في بيع الخيار أو فيما يردده بعيب أو بفلس أو فيما يستحق منه ...
 182 - في عهدة الشفيع وفي قبض الثمن
 183 - فيمن وجبت له الشفعة فلم يقم بها حتى باع شقصه، وفيمن باع بعض حظه
 184 - في تأجيل الأخذ بالشفعة في الأخذ وفي الثمن، وفيما تنقطع به شفعة الحاضر
 187 - ما جاء في شفعة الغائب والصغير والمولى عليه
 - ما جاء في تسليم الشفعة قبل الشراء أو بعده بمال أو بغير مال، وما يعدّ من
 190 فعل الشفيع تسليماً
 - باب في الشفيع يخبر بغير ما وقع به الشراء فيأخذ أو يترك ثم يتبين له خلاف
 191 ذلك
 - في جمهولة الثمن وفي اختلاف المتبايعين في الثمن فيما فيه الشفعة واختلاف
 194 الشفيع والمبتاع في ذلك
 - في الشفعة تجب للشريك أو المقارض أو الوكيل أو فيما باع الوصي على بعض
 199 من يليه
 201 - في الشفعة بين الذمي والمسلم، وشفعة المرتد والمديان ومن فيه بقية رقى

- ما جناء في ميراث الشفعة عن الشفيع وعليه دين أولاً دين عليه، والشفيع يرثه
البائع هل له القيام ؟ 203
- باب في الشفيع يهب شفيعته أو يبيعها قبل أن يأخذها 205
- ما جناء في الوكالة على الشفعة 205
- فيمن تصدق على رجل وباع من آخر في كلمة واحدة 206
- في الوكيل على طلب شقص وبيعه فاشتره لنفسه، هل فيه شفعة ؟ 207

كتاب القسم

- ما يُجمع في القسم من الدور والأرضين والعقار مما تتقارب أماكنه ويتفق كرمه
..... 209
- في صفة قسم الرباع والأرضين، وهل يُجمع حظ رجلين في القسم من ذوي
سهم أو غيرهم 213
- في الدار لها ساحة وطريق، هل يقسم معها ؟ وقد أراد ذلك بعضهم أو أباه .. 221
- في قسمة الحمام والبيت الصغير والعين والبئر والمأجل وفحل النخل وغيره 224
- في قسم العلو مع السفلى والقضاء فيما ينهدم من ذلك وما يُحدثه أحدهم
وقسمة الأرحاء 227
- باب في قسمة العبيد والمتاع والعروض وما يُجمع من ذلك في القسم 228
- فيما لا ينقسم من الرقيق والمتاع وغيره إلا بضرر 231
- في قسمة الزرع والثمار والطعام والمصير واللبن في الضروع وغير الطعام مما يوزن
أو يكال 232
- في اقتسام الطعامين المختلفين أو طعام مع غيره وقسمة ما يوزن بالكيل أو
يكال بالوزن 235
- في قسم الشجر لثمرها والحلي بما فيه، وفي سقي الأصول 236
- في التهاجي في قسم الغلات والسكنى والخدمة وقسمة الدين 237
- في الشركاء يريد أحدهم القسم هل يبعث القاضي في ذلك ؟ وكيف إن كان
غائب أو صغير 238
- في التداعي في القسم وفي الغلط فيه، وكيف إن وجد أحدهم في حظه ماجلا
أو بئراً أو كنزاً 240
- فيما يستحق بعد القسم أو يظهر به عيب 243
- في الدين يطرأ على الميت بعد القسم أو موصى له يأتي بعد القسم 248

- 252 - في موصى له أو وارث يطرأ على ورثة بعد القسم
- 253 - في الوارث يطرأ على الورثة بعد القسم
- 255 - في الميت يدع زوجة حاملاً هل يتعجل القسم ؟ أو له ربع قد عقد فيه كراء ..
- 256 - في أجرة القاسم وشهادته، وكيف أمر القاضي بالقسم وإنفاذه

الجزء الأول

من كتاب الوصايا

- 259 - في الحض على الوصية وذكر التشهد فيها، ومن وكره للمعل أن يوصي بنصفه ..
- 261 - ذكر وصية المؤتى عليه والصبي والمجنون والمرتد
- - فيمن كتب وصيته عند سفره أو في مرضه أو أشهد بها بغير كتاب ثم قدم أو
- 263 أفاق
- - فيمن أشهد على وصيته وأقرها عنده أو عند غيره، وكيف إن طبع عليها ؟
- 265 وكيف إن قرأها عليهم أو لم يقرأ ..
- 267 - فيمن قال وصيتي عند فلان فصدقوه أو قال قد أوصيته فما قال فأنفذوه ..
- 270 - في الوصي هل يكشف عما أنفذ من عتق وغيره وعما بيده ..
- - فيمن أوصى أن فلاناً مصدق فيما يذكر أن عليه من دين أو قال ما ادعى علي
- 272 فلان فأعطوه ..
- - في شهادة الوصي في الوصية واليتامى وشهادة من أوصى له بشيء والوصية
- 275 يقوم عليها شاهد واحد ..
- - فيمن قال فلان وصي ولا يزيد على هذا أو يوصي إليه بشيء يخصه به أو إلى
- 276 مدة يذكرها ..
- 279 - في الوصي يقبل الوصية ثم يبدو له أو يقبل بعضها ..
- 280 - في الوصية إلى غير العدل وإلى من يضعف عن الوصية أو إلى ذمي أو صبي ..
- - في عزل الوصي لما يحدث منه من تغيير أو كانت امرأة فتزوجت وفي الوصيين
- 281 يعزل أحدهما ..
- - في المسلم يوصي إليه الذمي أو مسلم خبيث المال، وفي الذمي عليه دين لمسلم
- 283 وفي تركته الخمر وشبهه ..
- - فيمن أوصى إلى زوجته أو إلى عبد أو مكاتب له أو لغيره أو أوصى بولده إلى
- 284 جدته وأوصى لها بنفقة ..

- في وصية الأم بولدها وماله، وصية الجد والأخ وذوي القربات وولاية الأب
الكافر 287
- في أفعال الوصيين، وهل يقسمان المال ؟ وهل يبيع أحدهما دون الآخر ؟ أو
يوصي أحدهما إلى الآخر؟ 288
- في فعل الوصي في مال اليتامى ووجه الإنفاق عليهم مذ، وهل يركبه أو يخرج
زكاة الفطر أو يضحي ؟ 290
- في الوصي هل يبيع عن اليتامى الربع أو الغنم ذات الغلة أو يشتري ذلك لهم
أو يخالطهم 293
- في صلح الوصي في مال اليتيم وتأخيره بدينه وحطاطه منها 296
- في الوصي هل ينتفع بمال اليتيم أو يأكل منه هو، والأب من مال ابنه ؟ أو
يتسلف الوصي 297
- في الوصي هل يبيع تركة الميت لدين أو وصية وفي الورثة صغار وكبار وهل
يقسم بينهم ؟ 300
- في اليتيم أو اللقيط يبيع عليه أو يقاسم عليه أو يجوز له أو ينفق عليه غير
وصيه هل يجوز ذلك؟ 305
- في الأب ينفق على الصغير من مال الصبي أو من غيره ثم يحاسبه أو يموت
فيريد ذلك لإخوته 306
- في الوصي أو غير الوصي ينفق على المولى عليه من مال المولى عليه أو من غيره
ثم يريد أن يحاسبه 308
- في الوصي يشتري منزلاً لليتامى ومنهم الذكر والأنثى ثم مات ولم يبين كيف هي
بينهم 310
- في ترشيد السفية المولى عليه ودفع ماله إليه، وهل يختبر ببعضه ؟ 311
- في الوصي يبيع التركة أو الورثة ثم يطرأ دين بعد إنفاق الثمن أو تلفه أو قضي به
لبعض الغرماء 312
- في عهدة ما باعه الوصي من التركة أو باعه الغرماء، وفي لحوق الدين على الميت
أيضاً 314
- في الوصايا تنفذ بعق أو غيره وتقسم التركة ثم يطرأ دين على الميت أو وصية
أخرى أو عول 315
- في الميت تنفذ وصاياه ثم تستحق رقبته أو تشهد بيته بموته ثم يقدم حياً 318

- 319 - فيمن أوصى أن يباع عبده للعتق فأنفذ ذلك ثم لحق الميت دين
 - في الوصي يشتري العبد فيعتق بالوصية ثم يستحق بملك أو حرية أو بعضه أو يستحق ثمنه
 320
 223 - في الوصي يعتق بالوصية عبداً أو نصرانياً أو مدبراً أو معتقاً بعضه ولم يعلم
 - في الرصي يقضي عن الميت الدين بغير بينة أو يقر أنه قبض دين الميت واليتامى
 324
 - في الوصي يجد في التركة خمراً أو خنزيراً أو شطرنجاً، وفيما أفسد الورثة من تركة
 326 الميت

الجزء الثاني من كتاب الوصايا

- في المريض يريد أن يعجل في مرضه صدقة أو عليه أو يجاني في بيع أو يقضي بعض غرمائه
 329
 300 - في الموصي يغير وصيته أو يرجع عنها، وما لا يرجع فيه من البطل والتدبير
 - ما يكون من أفعال الموصي رجوعاً عن وصيته وما لا يعد رجوعاً من تغييره
 331
 - فيمن أوصى بشيء لرجل ثم باع ذلك أو انتفع به أو هلك بعضه ثم أخلف مثله أو زاد أو نقص
 334
 - فيمن أوصى لرجل بجاريته أو بالثلث عن دبر منه، هل له رجوع ؟ وهل الوطاء رجوع ؟
 337
 338 - فيمن أوصى بوصية أو بعد وصية أو أوصى في شيء واحد بأمرين مختلفين
 - فيمن أوصى لرجل بعبد وآخر بسدس ماله أو لهذا بجزء من ماله ولآخر بجزء أكثر أو أقل
 339
 - فيمن أوصى لرجل بعبده أو بعتقه ثم أوصى به لآخر أو أوصى للأول بربيته وللثاني مثل ذلك
 339
 - فيمن له ثلاثة أعبد وأوصى بهم لرجل أو لرجلين ثم أوصى بأحدهم بعينه لرجل ثالث
 342
 - فيمن أوصى لرجل بوصية بعد وصية من صنف واحد مختلفي العدد أو من صنفين مختلفين
 343

- 348 - ذكر الكفن والوصية فيه، وفي الوصية بما لا يجوز أو على الضرر.....
- 349 - في المسلم يوصي للكافر بوصية أو بنذر أن يتصدق عليه، وفي الذمي يوصي بما له لك
- 350 - فيمن أوصى لوارث أو بما لا يجوز فإن لم يجزه ورثني فالعبد حر والمال في السبيل ..
- 352 - في الوصية للورثة أو لبعضهم بمال أو سكنى أو خدمة، أو توفي وأوصى مع ذلك بوصايا
- 356 - في الوصية لوارث، وكيف إن نفذت ثم قيم فيها، والوصية... لبعض الورثة
- 359 - فيمن أوصى لوارث فصار قبل موته غير وارث أو كان غير وارث ثم صار وارثا ...
- 361 - فيمن أوصى لابن وارثه أو لعبد وارثه أو من يقرب من وارثه أو يتصدق به عليه في مرضه
- 363 - في المريض يتكفل عن وارث أو لوارث أو يقر أنه قبض دينا من وارثه
- 364 - في المريض يبيع من وارثه شيئا أو يشتريه منه أو يوصي بذلك
- 365 - فيمن اشترى أباه أو أمه أو أخاه في مرضه أو أوصى بذلك، أو أوصى بركة هل يُشترى أبوه؟
- 368 - فيمن أعتق في مرضه أم ولده وتزوجها أو ضمن عن أبيه صداقا
- 369 - فيمن أذن له ورثته في مرضه أو في صحته أن يوصي بأكثر من ثلثه أو يعطي عطية لبعض ورثته
- 372 - في بيع المريض وشرائه وإقالاته وهبته للثواب ومساقاته ومحاباته في ذلك وفعل الحامل في ذلك
- 374 - فيمن ابتاع من زوجته في مرضه جارية بدار له قيمتها
- 375 - فيمن عليه دين لرجل لا يعرف فأوصى به له وأوصى له بوصية
- 376 - في تبديع العتق الموصى به على الوصايا، وكيف أوجه التبديع فيه إن كان به عتق دونه
- 380 - وجه التبديع فيما يتل المريض من عتق أو صدقة أو عطية أو دبر فيه مع ما أوصى به
- 382 - فيمن قال وصيتي عند فلان فصدَّقوه أو قال قد أوصيته فما قال فانفذوه
- 385 - جامع القول في الوصايا بعضها قبل بعض
- 390 - في الحج يوصى به وبوصايا غيره، وكيف التبديع في ذلك ؟
- 391 - فيمن أوصى بعتق عبده الآبق أو أن يكاتب عبده، كيف التبديع فيه مع الوصايا ؟

- 392 - في الموصي يقدم بعض وصيته قبل بعض، وكيف إن قال بدئوا كذا وبدئوا فلاناً
394 - فيمن أعتق عبداً له عند موته لايسعهم الثلث أو أعتق بعضهم بعد بعض

الجزء الثالث

من كتاب الوصايا

- 397 - [ما تدخل فيه الوصايا من مال الموصي]
402 - فيما بطل أورد من الوصايا هل يدخل فيه ما في الوصايا ؟
- في اجتماع المدبر والوصايا، وكيف يدخل المدبر فيما لم يعلم به الميت ولا تدخل
403 فيه الوصايا ؟
- فيمن أوصى بوصايا وباقي الثلث وقد ذكر باقي الثلث قبل بعض وصاياه أو لم
406 يشترط
408 - فيمن قال لفلان ثلثي ولفلان دنانير سماها فقال من ثلثي أو لم يقل
- فيمن أوصى بمال وبعبد بعينه يعتق، أو لرجل وباقي الثلث فمات العبد أو أحد
410 الموصي لهم
- فيمن أوصى لرجل بخدمة أو سكنى دار ولآخر وباقي الثلث أو بمال أو دار
412 فضايق الثلث وقد بدأ الخدم
- باب فيمن أوصى لرجل بجزء من ماله ولآخرين بأجزاء متفقة أو مختلفة أو بمال
413 مسمى
- فيمن أوصى لرجل بمال ولآخر بعبد أو دار كيف الفعل في ضيق الثلث ؟
415 / وكيف إن أجاز الورثة ؟
- ذكر ما يكون فيه خلع الثلث ممن يوصي بعق أو بجزء من ماله أو بأشياء
418 بأعيانها
- فيمن أوصى بعق أو ترك مديراً وله مال حاضر لا يخرج من ثلثه وله مال
422 غائب أو دين مؤجل
425 - فيمن أوصى بخدمة عبده أجبلاً أو حياة فلان ثم هو لفلان أو راجع إلى ورثته ...
- فيمن أوصى في ثلاثة أعبد له برقابهم لرجل، أو أحدهم وخدمه أحدهم لرجل
430 آخر
431 - فيمن أوصى بخدمة عبده أجبلاً أو عمرى ثم هو حر، أو أوصى مع ذلك بوصايا
- فيمن أوصى بخدمة عبده لابنه أمداً ثم هاجر وأوصى مع ذلك بوصايا، هل
435 يواجر ؟

- 438 - فيمن أوصى لرجل بغلة داره أو سكنها أو بغلة نخله ولآخر برقاب ذلك وذكر النفقة على النخل.....
- 440 - فيمن أوصى للمساكين بغلة خائطة أو داره أو بخدمة عبده هل منه تخيير للورثة ؟ وعلى من النفقة ؟.....
- 441 - فيمن أوصى لرجل بولد أمته أو غنمه وبرقيتها لآخر أو لم يوص بالرقبة وأوصى بالولد.....
- 445 - فيمن أوصى أن لفلان كل سنة كذا من غلة داره أو حائطه أو قال من غلة كل سنة.....
- 446 - فيمن أوصى لرجل بغلة نخلة أو عبده ولآخر بأوسق من التمرة أو بدرهم من غلة العبد.....
- 447 - فيمن أوصى بتمرة حائطه لنفر أو حبسه عليهم، وكيف إن سئى لبعضهم كيلا منه كل عام ؟.....
- 448 - فيمن أوصى بنفقة أو سكنى أو خدمة أو غلة حياة الموصى لهم. وكيف إن مات بعضهم ؟.....
- 453 - ذكر تقدير التعمير في الموصى له بالنفقة عمره، أو بخدمة أو غيرها، وفي المفقود وشبهه.....
- 455 - بقية القول في الوصايا بالنفقات والتعمير وتقدير النفقات وذكر بعض الموصى لهم.....
- 459 - فيمن أوصى له بنفقة سنين وعليه دين أو يفلس.....
- 459 - فيمن أوصى أن يسلف فلان مائة سنة ثم هي لفلان، ومن أوصى أن يوضع عن جميل حمالته.....
- 469 - فيمن أوصى بعق وله على وارثه دين، أو بمال لرجل عليه دين.....
- 472 - فيمن أوصى بثلثه أو بالعق هل يباع ماله أو يقوم ؟ وكيف إن أوصى بشئ أو بجزء شائع ؟.....
- 475 - في الرجل يوصي بوصايا فيتكلف نفقة في اقتضاء ديونه وجمع تركته على من يكون ؟.....
- 477 - في مال العبد الموصى به لرجل أو بعثقه أو المدير أو المعتق إلى أجل.....
- 480 - في الأمة الموصى بعثقها أو المدير تلد قبل موت السيد أو بعده.....
- 482 - فيمن أوصى بنخيل أو وهبها أو حبسها فأبرت أو كان فيها تمر قبل ذلك.....
- 483 - فيما يحدث في التركة قبل إنفاذ الوصايا أو يهلك بعدما أوصى فيه.....

- في الموصي بعشرة من إبله أو عبده أو بجزء من ماله فهلك من ذلك شيء قبل
488 إنفاذ الوصية
- فيمن أوصى بشراء عبد بعينه فاعتق وأوصى بوصايا فيهلك العبد أو عتق
490
- فيمن أوصى لرجل بوصية فمات الموصى له قبل الموصي أو بعده أو رد ذلك أو
490 رجع الموصي
- فيمن أوصى لعبد بجزء منه أو بثلث ماله أو بتسمية تجاوز ثلثه
493
- في الأمة الموصى لها بجزء من التركة تلد، وكيف إن كان في التركة من يعتق
498 عليها؟
- فيمن أوصى أن يجمع ثلثه في أمة له فتعتق فيه أو وهب له بعض ورثته ميراثه ...
500
- فيمن أوصى لعبده بدنانير أو أوصى له بشيء من ثمنه أو لغيره بمال منه
500
- فيمن أوصى بحرية عبده أو أوصى له بثلث ماله وللميت شاهد بذلك هل
503 يحلف معه؟
- فيمن أوصى أن يباع عبده من فلان أو للعتق أو ممن أحب
504
- فيمن أوصى أن تباع جاريته ممن يرفق بها أو يحبها أو يولدها
510
- فيمن أوصى أن يشتري عبد فلان للعتق أو لفلان
511
- فيمن أوصى أن يكتتب عبده ويُعطى فلان من كتابته كذا
513
- فيمن أوصى أن تشتري رقبة فتعتق ولم يذكر ثمنها
514
- فيمن أوصى أن يشتري عبد بعينه بكذا فاعتق ولم يبيع إلا بزيادة
515
- فيمن أوصى برقبة تعتق، هل تشتري بشرط العتق؟ أو يُشترى أخوه؟
517
- فيمن أوصى لأتمته أن تعتق أو تباع للعتق فأبت وكيف إن قال خيروها
519
- فيمن أوصى بعتق أتمته بتلا أو إلى أجل فيبعث، وكيف إن ولدت من المبتاع ؟ .
522
- في الموصى بعتقها إن حملها الثلث وتزيد قيمتها على الثلث
523
- فيمن أوصى ببيع داره أو عبده من فلان بكذا أو أوصى مع ذلك بوصايا أو لم
523 يوص
- فيمن اشترى عبداً أو وهب له في مرضه على أن يعتقه
524

كتاب الوصايا الخامس

- فيمن أوصى أن يفرق ثلثه في المساكين أو في سبيل الله كيف يفرق ؟ وفيمن
527 يفرق ؟
- فيمن أوصى لقرباته أو لأهله أو لآله أو لمسكنته أو لرحمه أو ما أشبه ذلك
533

- 537 - فيمن أوصى لمواليه
- 540 - فيمن أوصى لجيرانه ما حدّ الجوار ؟ وذكر عيال الجار وحشمه
- 542 - فيمن أوصى لولد فلان فمات بعضهم قبل القسم أو ولد له ولد
- 543 - فيمن أوصى بثلثه لفلان ولعقبه كيف ينتفع به ؟ وفيمن تصدق على ولد ولده ..
- 544 - فيمن أوصى لولد رجل ولا ولد له، أو لفقرء بني فلان وهم أغنياء، أو لمن مات ..
- 545 - فيمن أوصى بمثل نصيب أحد بنيه أو أحد ورثته
- 549 - فيمن أوصى لرجل بجزء أو بسهم من ماله
- 551 - فيمن أوصى لرجل بباقي ثلثه على أن يوصي بوصايا فمات قبل ذلك
- 552 - فيمن أوصى لرجل بمائة وآخر بمائتين ولفلان مثله ولم يبين مثل أيهما أراد
- 554 - فيمن أوصى لفلان بمائة ولم يقل دنانير ولا دراهم، أو قال خمسة أمداد ولم يفسر ..
- 555 - فيمن أوصى بعشرين ديناراً صدقة أو لفلان، فكلم أن يزيد فقال زيدا ولم يفسر ..
- 556 - فيمن أوصى بثلثه لثلاثة ثم سمي لكل واحد تسمية مختلفة أو متفقة، أو سمي لاثنتين وسكت عن الثالث
- 557 - فيمن أوصى فقال لفلان عشرة دنانير ولفلان وفلان عشرة
- 558 - جامع في الوصية بالمجمول أو بما يشك فيه ويحتمل وجهين
- 559 - فيمن أوصى بعق خیار رقيقه أو قدمائهم أو قال بعضهم أو بأحد أفراسه
- 560 - الثلاثة لرجل
- 563 - فيمن أوصى لرجل بما في بيته أو أوصى له بظرف وفيه طعام أو دراهم
- 564 - فيمن له عبيد مسمون باسم واحد أو ثياب بصفة واحدة فيقول عبدي أو ثوبي لفلان
- 565 - فيمن أوصى لفلان بميمون أو مبارك أو بأحد عبديه ولم يسمه
- 567 - فيمن أوصى بخدمة عبده لفلان ولفلا سنة سنة ولم يذكر من يبدأ
- 569 - فيمن أوصى بوصايا وأوصى معها بما لا أمد له من وقيد مسجد وسقي ماء أو نفقة
- 570 - فيمن أوصى أن يعطى فلان دنانير أو وصية أو إقراره أو يؤخذ منه دين ادّعاه قبله
- 571 - فيمن أوصى لرجل بدنانير فحال جواز الناس في الوزن أو قال يُخرج عني درهمان كل يوم فزاد الصرف
- 572 - في الوصية لأم الولد وهل يقضى لها بما لها من حلي وثياب ؟
- 573 - فيمن أوصى بما في بطن أمته لرجل أو للعتق فأعتقها الورثة أو باعوها

- 575 - في الوصية والهبة والإقرار للقاتل وقبل الضرب أو بعده
- 577 - في المدبر أو أم الولد يقتلان السيد، وفي المعتق يعفو عن قاتله وهو وارث
- 579 - في المريض يقرر لرجل بمال أختانه له أو دار غصبها له أو بحرية عبد في يديه ...
- في إقرار المريض لزوجته بدين أو مهر أو بأرض في يده في مرضه أو عند سفره
- 582 أو أقرت له في مرضها بدين
- 584 - في إقرار المريض لوارثه بدين أو لبعض بنيه أو لقريب له غير وارث
- 588 - في إقرار المريض لوارثه ولأجنبي بدين أو أقر صحيح بذلك لأجنبي ولم يتهم فيه .
- في إقرار الولد عن أبيه بدين بعد موته أو بوصية أو شهد عليه الوارث بعق أو
- 593 دين أو وصية
- 603 - باب آخر من اختلاف الشهادة في عتق الوصايا
- 607 - فهرس الموضوعات